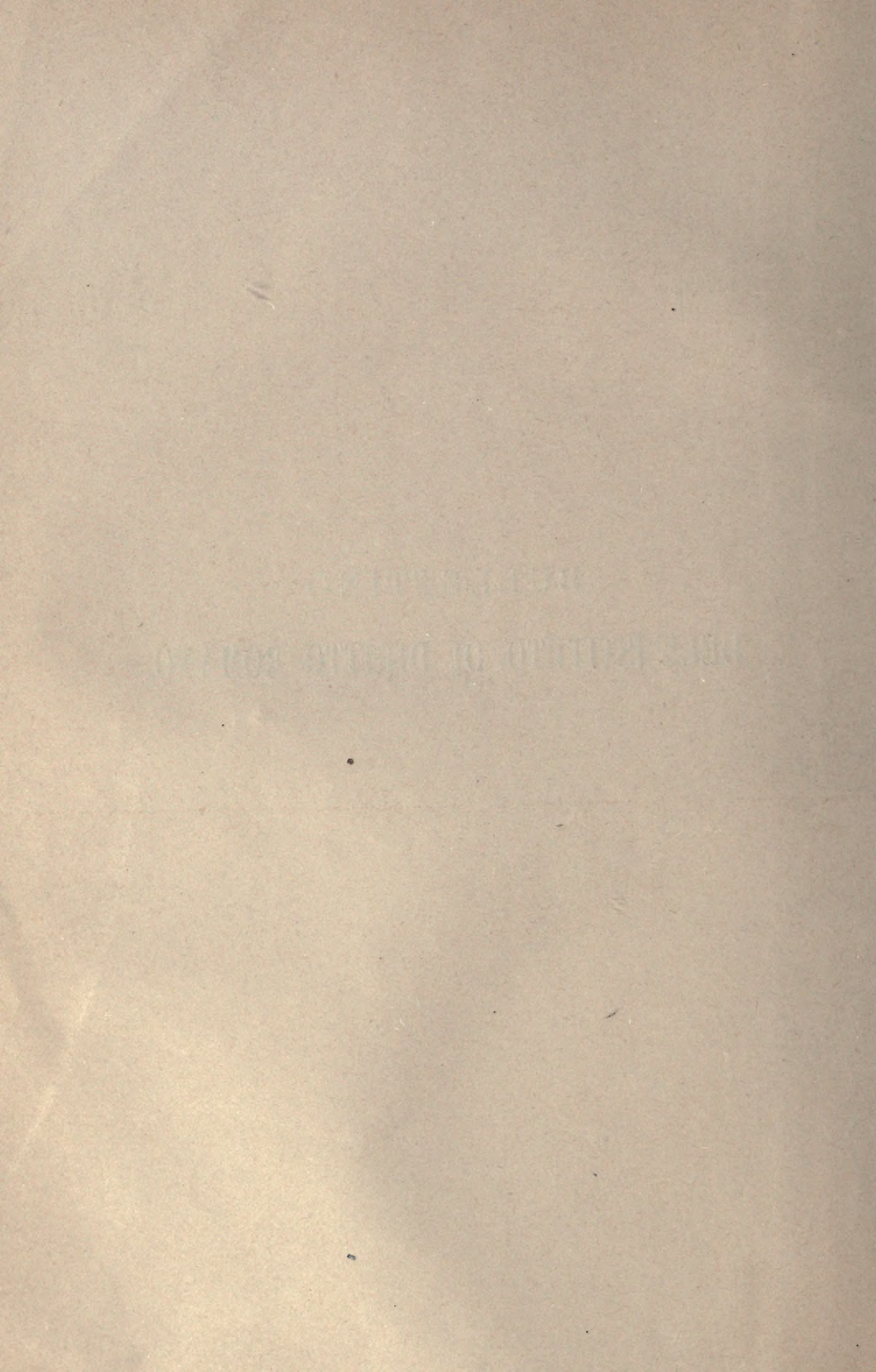


BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO



BULLETTINO
—
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
— — —

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

20-21

1908-09

—
ANNO XX
—

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
presso la Facoltà Giuridica
della R. Università

—
1908



K
9
S75
Anna
20-21

STUDI SULL' "ACTIO DE PECULIO"

(Continuar. vedi a. XVIII, pag. 228).

III.

Actio de peculio « aucto peculio ».

Sommario. — 1. La l. 30 § 4 D. 15. 1 — Gli argomenti addotti per la sua interpolazione — L'indizio formale notato dal Gradenwitz. — 2. La ripetibilità dell'actio de peculio « aucto peculio » sarebbe stata ammessa indarno dal diritto classico, perchè il pater familias può revocare la concessione ed impedire l'incremento del peculio — Il pater familias è tenuto soltanto nella misura attuale del peculio — Esame delle ll. 47 § 2 D. 15. 1; 5 § 2 D. 34. 3; 1 § 8, 3 pr. e 20 D. 13. 5; 35 D. 46. 1. — 3. La l. 11 D. 12. 6 e la dottrina di Giuliano. — 4. Le opinioni dei romanisti sul rapporto fra la l. 30 § 4 e la l. 47 § 2 D. 15. 1.

1. La l. 30 § 4 D. 15. 1¹⁾ fu, tra i passi attinenti alla consumazione dell'actio de peculio, il primo ad essere segnalato come emblematico²⁾. Ed è uno dei pochissimi di cui l'alterazione si possa affermare quasi con certezza. E dico l'alterazione, anzichè l'interpolazione, perchè, potendosi tutto ridurre all'omissione di un *non*³⁾, è

¹⁾ ULPIANUS *l. 29 ad edictum*: « Is, qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest ».

²⁾ Cfr. FRANCKE, *Archiv. f. civ. Praxis* 23 (1840) p. 400, n. 22, e 420, n. 54; BUCHKA, *Die Lehre vom Einfluss des Processes auf das materielle Rechtsverhältniss* II (1847) p. 30; BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gem. Rechts* III, p. 299, n. 65 (l'unico ricordato dal KÜBLER in *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 25, p. 436 quale precursore del Ferrini).

³⁾ È questa l'opinione comune dei critici. Solo il GRADENWITZ, *Z. der Sav. St. f. Rechtsgesch.* 27 p. 251, osservando che tutti gli altri paragrafi della l. 30 offrono estese trattazioni, crede verosimile che i compilatori abbiano nel § 4 soppresso un diffuso ragionamento di Ulpiano.

Il LENEL nella 2^a ediz. del suo *Edictum*, che vedo mentre sto correggendo le bozze di questo studio, a pag. 276 suppone che Ulpiano abbia scritto: « is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti *ipso quidem iure* agere non potest, sed praetor causa cognita rescisso superiore iudicio denuo et agere permittit ». Ma io spero di convincere il lettore che Ulpiano negava in modo assoluto la ripetizione dell'azione per gli incrementi del peculio, sicchè la ricostruzione del Lenel non deve accettarsi.

difficile accertare se sia stata voluta deliberatamente dai compilatori¹⁾, o se sia l'effetto di un errore di trascrizione.

Per la medesima ragione il testo in sè non offre argomenti solidi nè a favore nè contro l'ipotesi dell'alterazione. A nulla approda l'osservare che la legge viola in forma generale e inusitata la regola classica «*de eadem re ne sit actio*»²⁾; e che la consunzione processuale non sta in alcun rapporto con l'esistenza del peculio, poichè non si considera il tempo della *litis contestatio* ma quello della sentenza³⁾. Questi riflessi non costituiscono una prova dell'interpolazione, perchè, al punto in cui siamo col nostro studio, noi dovremmo, quando ci persuadessimo della genuinità del testo, ritenere che il nuovo esperimento dell'azione fosse reso possibile, qui come negli altri casi già esaminati, dalla *restitutio in integrum*⁴⁾.

¹⁾ Si potrebbe argomentare dall'esempio degli altri frammenti, se ci fosse dato di pensare col BONFANTE (contronota al GLÜCK, *Commentario alle pandette*, libro 14-15, p. 191) che Giustiniano ha in generale cancellato le tracce della restituzione. Ma in realtà questa cancellazione è avvenuta, e in modo parziale, soltanto nella l. 32 pr. D. h. t., dove è stata soppressa la qualifica di «*rescissorium*» avanti a *iudicium*, e dove tuttavia la restituzione ricompare nel § 1 «*in hoc iudicio licet restauretur praecedens*»; mentre ad essa accennano sempre le ll. 30 § 5 e 47 § 3 D. eod. Ritengo anch'io con l'illustre romanista citato che Giustiniano ammette come legale ciò che per i giuristi classici era l'effetto di una restituzione (cfr. sch. 189 Steph. ad l. 47 § 2 *Supplementum* p. 229, che esclude pel caso della l. 30 § 4 la necessità della rescissione); ma voglio avvertire che questa tesi si appoggia principalmente sulla tendenza del diritto giustiniano in tema di consumazione. Testualmente è maggiore il conforto che può venirle dalla l. 30 § 4, malgrado le difficoltà rilevate, di quello che non sia sicuro l'argomento dedotto dalla soppressione del «*rescissorium*». I compilatori potrebbero aver creduto semplicemente di cancellare una distinzione processuale antiquata insieme con le formule, e non di escludere la necessità della *restitutio*.

²⁾ Cfr. LUSIGNANI, op. cit. p. 36.

³⁾ Cfr. FERRINI, *Z. d. Sav. St.* 21, p. 195.

⁴⁾ In questo senso anche KELLER, *Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts*, III, p. 166, n. 16; KRÜGER, *Process. Consumtion*, p. 134, n. 10, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 4, p. 119 sgg.; GEIB, *Krit. V. I. Schrift.* 43, p. 48; MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 371 sgg., il quale ribatte, mi sembra efficacemente, l'obiezione del BEKKER, *Aktionen*, II, p. 344 (cfr. anche BARON, *Die adjektivischen Klagen*, p. 82; RÜMELIN, *Zur Lehre v. d. Exceptio rei iudicatae*, p. 50, n. 3; ERMAN, *Études de droit classique et byzantin* in *Mélanges Ch. Appleton*, p. 229; LENEI, *Édit*, I, p. 331) che con tale interpretazione si oltrepassino i limiti segnati all'uso metodico delle fonti. Graditami sembra poi l'affermazione del GRADENWITZ, *Zeitschr.* cit. p. 251, che l'opinione del Keller, di doversi pensare ad una *restitutio in integrum* restituita tacitamente presupposta, porti a concludere che anche questo autore, per lo meno inconsciamente, presentisse un rifacimento da parte dei compila-

L'unico indizio formale dell'interpolazione è stato recentemente illustrato, con l'usitato acume e perizia delle fonti, dal Gradenwitz ¹).

tori. Osserva il Mandry che anche la l. 19 § 1 D. h. t. ammette l'esperimento di una seconda azione, nel concorso del proprietario e dell'usufruttuario o di più possessori di buona fede, semplicemente con le parole « ut priore convento, ad quem res respicit, in superfluum is, cui quaesitum non est, conveniatur ». Noi citeremo inoltre la l. 19 pr. D. h. t., che non è interpolata, come pretende il LUSIGNANI, *Ancora intorno alla consumazione processuale dell'actio de peculio*, Parma, 1901, p. 14, ma in cui l'ammissione dell'azione de peculio ordinarii, dopo che si è agito de peculio vicarii, dipende dalla restitutio in integrum parimenti sottintesa (così anche ERMAN, *Servus vicarius*, p. 518; contra AFOLTER, *Krit. Vierteljahresschrift*, 42, p. 373; — non mi convince la spiegazione del MANDRY, *Familiengüterrecht*, II, p. 367, n. 11); e la l. 11 § 8 D. h. t., in cui l'argomentazione di Ulpiano, « nec video quid habeant creditores quod querantur, cum possint ipsi venditorem convenire, si quid forte putant esse in peculio », non si spiega se non a patto di ritenere che i creditori possano agire successivamente contro il compratore e il venditore, e questa possibilità è data soltanto dalla restitutio in integrum.

Io spero che il richiamo della l. 11 § 8 abbia questa volta maggior fortuna che non sia toccata all'esame fattone nel § 6 del primo di questi studi, se debbo giudicare dal modo come sono stato frainteso dal RICCOBONO, *Bullettino dell'Istituto di d. r.* 18, p. 219. Ho tentato di dimostrare nel luogo citato che la decisione accolta dalla l. 11 § 8 implica la facoltà di esercitare l'a. de peculio contro più persone, non ostante la consumazione. Come giustificare questo risultato? Esso si giustifica pienamente, ed io lo ripeto spesso in queste pagine, con la rescissione. Ma finché questa spiegazione non è trovata, si ha l'apparenza, non la realtà, che siano violati i principi sulla consumazione. L'illustre professore di Palermo separa dal contesto, che ne chiarisce il senso, la mia proposizione « i principi sulla consumazione appariscono violati », e mi fa passare per uno che ignori le nozioni più elementari sulla restitutio in integrum. È forse un po' troppo.

Io ho rimproverato agli scrittori che si sono occupati della l. 32 pr. D. h. t. di non aver posto attenzione alla l. 11 § 8, ché altrimenti si sarebbero accorti che essa solleva lo stesso problema della l. 32 pr. Qui come là un'antitesi tra il pensiero di Giuliano e quello di Ulpiano, qui come là l'ammissione di più azioni de peculio senza che sia menzionata la rescissione. Il confronto tra i due testi avrebbe giovato alla retta interpretazione della l. 32 pr., anche se l'averlo trascurato si dovesse attribuire col Riccobono all'imbecillitas del genere umano, anziché più semplicemente ad una troppo rapida lettura del titolo 15. 1 de peculio. Certo il confronto dei due passi non sarebbe bastato a scoprire che il testo originale di Ulpiano parlava di rescissorium iudicium, come invece lo avrebbe provato lo scolio di Stefano (sch. 75 ad l. 11 § 8), secondo rileva acutamente il Riccobono; ma avrebbe potuto aiutare a vedere nella l. 32 pr. la dottrina di Ulpiano opposta a quella di Giuliano, mentre da altri testi (47 § 3, 32 § 1, 30 § 5 D. 15. 1; 13 pr. D. 14. 3; 4 § 5 D. 14. 5; 1 § 10 D. 15. 2; cfr. anche l. 20 pr. D. 27. 3 e su di essa FERNICE, *Labeo*, II, p. 235, n. 2) si poteva desumere che il rimedio consisteva nella restitutio. Alcuni di questi passi io ho già citato nella mia memoria *L'editto de fructu praediorum ven-*

¹ Vedi la nota a pagina seguente.

Peraltro io lo stimo assai tenue²⁾. L'insigne romanista, dietro uno spoglio dei testi che provano il modo di comportarsi di Ulpiano e degli altri giuristi verso l'antitesi «semel... rursus», giunge alla conclusione che in nessun luogo «semel» e «rursus» si susseguono nel senso in cui li adopera la l. 30 § 4. I passi, i quali trattano la questione, analoga alla nostra, se possa essere ripetuto un atto una volta compiuto, non offrono alcun esempio del categorico «ciò che è avvenuto una volta può avvenire di nuovo». Ora sta di fatto che nelle ll. 11 § 3 D. 15.1 e 3 D. 36.4 è posta la questione se possa avvenire di nuovo ciò che già una volta è avvenuto. Il Gradenwitz scrive che solo la l. 30 § 4 emette nuda e cruda l'affermazione di questa possibilità, mentre negli altri passi la questione viene risolta negativamente od anche evitata. Poichè il romanista tedesco non discute la sostanza, ma la forma, tutto si riduce a sapere se in una proposizione affermativa il giureconsulto abbia potuto dire «is qui semel egit rursus agere potest», mentre senza difficoltà egli avrebbe detto «quaeritur an is qui semel egit rursus agere possit». Il lettore può vedere da sè quanto sia sottile questo argomento fondato su una presunta finezza stilistica di Ulpiano.

2. Bisogna dunque cercare, si stimi pure la ricerca pericolosa, nei testi e nelle norme che regolano la responsabilità del pater familias per i debiti dei sottoposti, la prova che la l. 30 § 4 non è genuina. E la questione da risolvere è questa: se il diritto romano classico, per mezzo della rescissione, abbia consentito al creditore di agire ripetutamente contro l'unico debitore de peculio, a quel modo che ha permesso di convenire successivamente i diversi obbligati sino alla totale estinzione del debito.

Sono, a parer mio, due situazioni diverse, e le norme dettate per

dendo locandove (*Studi in onore di V. Scialoja*, I, p. 693, n. 1), dove ho pure (p. 689, n. 1), prima di conoscere la scoperta del Lenel, riassunto la questione della consunzione processuale dell'a. de peculio attorno a questo punto, se e in quali casi il pretore sia intervenuto a rescindere gli effetti della contestatio litis. Non ignoravo dunque, che, come insegna il Riccobono, «la in integrum restitutio può annientare tutti gli effetti di negozi o fatti giuridici secondo il ius civile»!

¹⁾ *Zeitschr.* cit. 27, p. 251 sgg.

²⁾ Anche il LENEL nella 2ª edizione del suo *Edictum*, p. 276, n. 3 dichiara che le considerazioni stilistiche del Gradenwitz per sè sole non l'avrebbero convinto.

una non è logicamente necessario che si applichino anche all'altra. Quando vi sono più persone tenute con l'actio de peculio, la rescissione è il mezzo, a volte assolutamente indispensabile, perchè la loro obbligazione non diventi un nome vano. Che gioverebbe chiamare il proprietario a rispondere sussidiariamente anche dei debiti che riguardano l'usufruttuario, se poi il principio dovesse spezzarsi contro la barriera della consumazione? Metterebbe conto di concedere l'azione contro il compratore e il venditore dello schiavo, se tutto il vantaggio dovesse ridursi alla facoltà di scegliere tra i due? Invece non è altrettanto necessario, ed è assai più grave nelle conseguenze, permettere che l'a. de peculio si possa riproporre un infinito numero di volte fino a che il creditore non sia stato pagato dell'ultimo centesimo. Ma sopra tutto è inutile, perchè, esaurito l'attuale peculio senza avere estinto tutti i debiti, quando sapesse di dover ancora rispondere, il pater familias si guarderebbe bene dal concedere al sottoposto un altro peculio, che diverrebbe immediatamente preda dei creditori ¹⁾. Nè mi si opponga che vi sono gli incrementi naturali « ex rebus peculiaribus » - quelli stessi cioè di cui si tien conto nell'a. annalis, dopo che il peculio non esiste più come tale ²⁾ - perchè, impiegato l'ammontare del peculio nella soddisfazione dei creditori, il pater familias ha il diritto di revocare la concessione ³⁾, sicchè il pe-

¹⁾ Il SINTENIS, *Linde's Zeitschr.* 15, p. 327, n. 6 osserva che, essendo il peculio esaurito nella soddisfazione del precedente giudicato, il padre dovrebbe costituirne uno nuovo perchè i creditori potessero rivolgersi su di esso, di guisa che l'esigere in tali condizioni la cautio sarebbe un voler legare le mani al pater familias ed equivarrebbe a dirgli: tu non puoi costituire un nuovo peculio se prima non hai pagato i debiti del vecchio. Non so se il Sintenis abbia inteso di esprimere qualcosa di simile a ciò che ho scritto nel testo: certo è che egli aveva una nozione poco esatta dei rapporti di cui discutiamo, poichè riteneva che con la esclusione della cautio si conciliò benissimo l'opinione che si possa agire senz'altro se il peculio torna di nuovo in forze, e combatte pertanto l'interpolazione della l. 30 § 4 sostenuta dal Francke.

²⁾ Cfr. la mia *Actio de peculio annalis contro gli eredi*, a pag. 6 sgg. (dell'estratto).

³⁾ Consento quindi con ERMAN, *Études*, cit. p. 233, n. 2 che all'estinzione del peculio non basta il semplice fatto che il padrone ne abbia esaurito l'attivo nell'estinzione dei debiti peculiari. Dice bene Marciano (l. 5 regularum) che il peculio « moritur, cum ademptum sit » (l. 40 § 1 D. 15. 1), ma, a parte che l'ademptio può effettuarsi con una semplice manifestazione di volontà (l. 8 D. eod.), il padrone, che ha sborsato ai creditori una somma pari al valore del peculio, è autorizzato a compiere l'ademptio, senza che quelli possano attaccarlo di dolo.

culio non solo non esisterà più come *universitas* distinta, ma non sarà rappresentato nel patrimonio del pater familias neppure da un arricchimento corrispondente ¹⁾).

Del resto io credo che la questione, che ci siamo proposti, sia decisa dalla l. 47 § 2 D. h. t. ²⁾). Essa prova anzi tutto che l'azione, intentata una volta, si consuma: altrimenti non si penserebbe di ricorrere alle «cautiones». Ma prova anche che l'azione non veniva restituita, giacchè Paolo nega l'ammissibilità delle «cautiones de futuro incremento peculii», non perchè il creditore fosse abbastanza garentito con la restitutio in integrum, ma perchè il pater familias non è tenuto nella totalità del debito. Il socio deve promettere di

¹⁾ E come non vengono in considerazione-gli «incrementa ex rebus peculiaribus» (fructus, poecorum fetus, ancillarum partus, operae vicarii, azioni contro terzi per danneggiamento, furto, ecc., per delitti cioè da loro commessi sulle cose peculiali), così non si può pensare ad aumenti «ex operis suis» o «ex alia re» (la distinzione è di Giuliano: l. 8 § 8 D. 33. 8), perchè qualunque negozio acquisitivo del sottoposto deve essere compiuto «ex causa peculiali», deve cioè stare in un rapporto obiettivo e subiettivo col peculio, e le eredità, i legati, le donazioni, che altri facesse al servo o al figlio, aumentano il peculio, solo se tale è la volontà del pater familias. Cfr. su di ciò MANDRY, *Familienguterrecht*, II, p. 116 sgg., e in particolare si veggano le p. 123 sgg. per la confutazione dell'opinione che le eredità e i legati vadano senz'altro ad aumentare il peculio (contra KARLOWA, *R. Rechtsgesch.* II, p. 1135), e le p. 126 sgg. contro la tesi che «quod ex operis vel ex alia re accedit» non presupponga l'animus peculii concedendi nel pater familias (in senso contrario PERNICE, *Labeo*, I, p. 138 sgg. 140 sgg.; SALKOWSKI, *Zur Lehre vom Sklavenerwerb*, p. 34 n. 63; v. TUHR, *Actio de in rem verso*, p. 164, n. 34). Cfr. anche KELLER, *Jahrbuch des gem. deutsch. Rechts*, III, p. 153-159, dove efficacemente dimostra contro il Dietzel che ogni acquisto per il peculio dipende «ex domini constitutione».

Per la questione che ci occupa è del resto indifferente che si ritenga occorrere alla costituzione e agli aumenti del peculio un'attiva determinazione della volontà del pater familias o ci si contenti della semplice scienza (cfr. per la seconda alternativa KARLOWA, op. cit. II, p. 1133). Il risultato è sempre il medesimo, e cioè che il pater familias possa impedire la formazione di un nuovo peculio, e che la sua contraria volontà, si espliciti nel rifiuto della «concessio» o nel «non pati» che il figlio e lo schiavo tengano per sé gli acquisti, non possa mai essere considerata come un'ademptio peculii, la quale si sa che non pregiudica i creditori se fatta «dolo malo». La rescissione della consumazione sarebbe perciò inefface contro la volontà del dominus.

²⁾ PAULUS, l. 4 ad *Flautium*: «Si semel actum sit de peculio, quamvis minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio quam debet, tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii: hoc enim in pro socio actione locum habet, quia socius universum debet». Cfr. su questo passo KELLER, *Commentatio*, cit. p. 69 sgg.; *Litiscontest.* p. 572, *Jahrbuch*, cit. III, p. 164 sgg.

pagare il residuo, ove il suo patrimonio aumentasse¹⁾, perchè egli gode del beneficio di essere condannato « in id quod facere potest », in altri termini è esonerato per un riguardo alla sua ristrettezza economica dalla necessità di pagare ora tutto il debito, ma non è liberato dall'obbligazione; per dirla in breve, il così detto *beneficium competentiae* non distrugge il fatto che il socio è tenuto all'intero, « *universum debet* ».

Invece il *pater familias* ai creditori peculiari non « *debet universum* »; la sua obbligazione ha per oggetto soltanto l'ammontare del peculio nell'istante in cui segue spontaneamente l'adempimento o si ottiene la condanna giudiziale. Perciò una volta condannato « *dumtaxat de peculio* », egli è stato condannato a tutto quello che costituiva il suo debito, e non è obbligato a dar cauzione « *de futuro incremento peculii* », e tanto meno può essere ulteriormente convenuto con l'*actio de peculio*²⁾.

1) Cfr. anche l. 63 § 4 D. 17. 2. ULPIANUS, l. 31 *ad edictum*: « Item videndum, an cautio veniat in hoc iudicium eius quod favere socius non possit, scilicet nuda promissio: quod magis dicendum arbitror ».

2) Diverso è il caso della l. 26 § 1 D. 12. 2 (contra BEKKER, *Aktionen*, II, p. 343; RÜMELIN, op. cit. p. 51; KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, p. 1143, n. 3; cfr. anche LENEL, *Édit.*, I. p. 330, n. 4).

PAULUS, l. 18 *ad edictum*: « Si pater filium dare non oportere iuraverit, Cassius respondit et patri et filio dandam exceptionem iurisiurandi: si pater iuraverit in peculio nihil esse, filius conveniri poterit: sed et pater ita convenietur, ut post acquisiti peculii ratio habeatur ».

Il padre è convenuto « *ita ut post acquisiti peculii ratio habeatur* »; ma in precedenza non c'era stata contestazione della lite, per lo meno niente induce a supporlo. Soltanto il padre aveva giurato « *in peculio nihil esse* », e, poichè il giuramento non estende la sua efficacia al di là di quanto venne giurato, l'*exceptio iurisiurandi* non si oppone all'esperimento dell'azione per il peculio acquistato posteriormente. Cfr. BERTOLINI, *Il giuramento nel dir. privato romano*, p. 134, n. 175. A torto il Karlowa l. cit. obietta che il *iuramentum* in iure delatum opera la consumazione come la *litis contestatio*. Paolo (l. 18 *ad edictum*) si limita a paragonare l'effetto del *iuramentum*, sulle diverse azioni che fanno valere la stessa pretesa, con la consumazione processuale (l. 28 § 4 D. 12. 2), e se però anche da questo punto di vista si può dire con lo stesso Paolo (l. 17 *ad Plautium*) che il giuramento surroga la contestazione (« *in locum litis contestatae succedit* » l. 28 § 2 D. 5. 1), sarebbe erroneo trarne conseguenze ulteriori, poichè in altro luogo del l. 18 *ad edictum* Paolo distingue tra l'efficacia del *iuramentum* e quella della *litis contestatio* e conseguente consumazione (l. 30 § 3 D. 12. 2). Cfr. contro Karlowa anche LENEL, *Edictum*, 2^a ediz., p. 277.

Certo è che se non si accetta la nostra interpretazione della l. 26 § 1 (difesa anche dall'ERMAN, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 19, p. 338, n. 2, *Études*, cit.

Altri luoghi parimenti contrappongono l'una all'altra l'obbligazione del pater familias nell'a. de peculio e quella del marito nell'azione dotale. Nella l. 5 § 2 D. 34. 3¹⁾ Marcello rettifica l'opinione di Giuliano, che il padre non possa ripetere ciò che ha pagato, benchè attualmente non vi sia nulla nel peculio:

« sed est verius quod Marcellus notat patrem repetere posse (nondum enim erat debitor, cum solveret) ».

Invece al marito che abbia soddisfatto la dote, quantunque potesse opporre il beneficium competentiae, Marcello, d'accordo con Giuliano, nega la condictio²⁾, « quod debitum solvit ».

Il confronto qui istituito tra il marito e il padre ha lo stesso senso, come ben nota il Keller³⁾, della comparazione illustrata dalla l. 47 § 2.

La differenza delle due cause d'obbligazione si fa sentire anche nel constitutum. Il pater e il dominus sono tenuti nella misura del peculio esistente al momento in cui si conclude il constitutum; il marito è tenuto in solidum⁴⁾.

p. 243), converrebbe rifugiarsi nell'ipotesi che l'ultima parte del testo « sed et pater... habeatur » sia interpolata. Ma a renderla probabile non soccorrono neppure gli indizi formali.

¹⁾ ULPIANUS, l. 23 ad Sabinum: « Idem Iulianus eodem libro scripsit, si filius familias debitor fuerit et patri eius fuerit liberatio relicta, patrem pacto liberandum esse, ne etiam filius liberetur. Et parvi, inquit, refert, si sit aliquid in peculio die legati cedente necne: securitatem enim pater per hoc legatum consequitur: maxime, inquit, cum rei iudicandae tempus circa peculium spectetur. Huic patri similem facit Iulianus maritum, cui uxor post divortium liberationem dotis legavit: nam et hunc, licet die legati cedente solvendo non sit, legatarium esse: et utrumque ait solutum repetere non posse. Sed est verius quod Marcellus notat patrem petere (*repetere?*) posse (nondum enim erat debitor, cum solveret), maritum non posse, quod debitum solvit. Patrem enim etsi quis debitorem existimaverit, attamen loco esse condicionalis debitoris, quem solutum repetere posse non ambigitur ».

²⁾ Cfr. anche l. 8 e 9 D. 12. 6.

³⁾ *Jahrbuch* cit. p. 165 sgg.

⁴⁾ Cfr. l. 1 § 8 e 3 pr. D. 13. 5 (LENEL, *Pattingenesia*, Ulpianus, 788):

ULPIANUS, l. 27 ad edictum: « Sed et is, qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur: videtur enim debitum et quod iure ho-

ULPIANUS, l. 27 ad edictum: « Quod si maritus plus constituit ex dote quam facere poterat, quia debitum constituerit, in solidum quidem tenetur, sed

La l. 35 D. 46. 1¹⁾ distingue secondo che il fideiussore di un debito del servo sia intervenuto «pro servo» o «pro domino».

Ora mi sembrerebbe logico che, se il padre e il domino potessero essere convenuti per i successivi aumenti del peculio, se cioè la loro obbligazione si estendesse quanto quella del sottoposto e finisse solamente con la completa estinzione di quest'ultima, il costituito per una somma maggiore di quella attualmente compresa nel peculio avrebbe dovuto esser valido, e la responsabilità del fideiussore non avrebbe dovuto restringersi all'ammontare del peculio «quod tunc erit cum res iudicatur». Ciò significa che «res iudicatur» una volta sola per sempre.

3. Assai difficile è l'esegesi della l. 11 D. 12. 6²⁾; ma, poichè la dottrina di Ulpiano è accertata dalle ll. 5 § 2 D. 34. 3 e l. § 8 D. 13. 5³⁾, come quella di Paolo lo è dalle ll. 20 D. 13. 5 e 35 D. 46. 1, l'in-

norario debetur. Et ideo et pater et dominus de peculio obstricti si constituerint, tenebuntur usque ad eam quantitatem, quae tunc fuit in peculio, cum constituebatur: ceterum si plus suo nomine constituit, non tenebitur in id quod plus est».

mulieri in quantum facere potest condemnatur».

Cfr. anche l. 20 D. 13. 5. PAULUS, l. 4 ad Plautium: «Nec enim quod crescit peculium aut decrescit, pertinet ad constitutoriam actionem».

1) PAULUS, l. 2 ad Plautium: «Cum fideiubeat aliquis pro servo, in solidum tenetur, etiamsi nihil in peculio sit. Plane si pro domino fideiubeat, cum quo de peculio est, dumtaxat de peculio tenebitur. quod tunc erit, cum res iudicatur».

2) ULPIANUS, l. 35 ad Sabinum: «Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus quam in peculio est solverit, repetere non potest».

3) Mentre io credo di dover respingere il dubbio affacciato dall'ERMAN, *Études* cit. p. 242, che Ulpiano seguisse Giuliano nell'imporre al pater familias un'obbligazione di equità, anche attuale, per il debito intero (cfr. pure la recisa antitesi della l. 44 D. 15. 1: ULPIANUS, l. 63 ad edictum: «Si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio») aderisco alla sua opinione che la tesi giuliana sia stata accettata dai compilatori, non solo perchè, com'egli avverte (ivi p. 229, n. 1), essi hanno inserito la l. 11 D. 12. 6 nella *sedes materiae* accanto alle ll. 8 e 9, le quali rifiutano la *condictio* al marito che abbia pagato «quod facere non potest», e la recezione della seconda parte della l. 5 § 2 D. 34. 3 deve essere l'effetto d'una svista, ma anche perchè, concedendo la ripetizione dell'a. de peculio, come fa la l. 30 § 4 nella compilazione, Triboniano non poteva adottare gli argomenti degli avversari di Giuliano.

interpretazione che abbiamo sostenuta per la l. 47 § 2 D. h. t. ¹⁾ non soffre dubbi, comunque s'avesse da concludere in merito al testo di cui parliamo.

Con la l. 11, una vera croce degli interpreti ²⁾, Ulpiano sembra esporre l'opinione contraria a quella accolta nella l. 5 § 2. Io credo che non si vada lungi dal vero supponendo un rimaneggiamento dei compilatori. Ivi, più ancora che nella l. 30 § 4, è probabile che una larga trattazione di Ulpiano sia stata accorciata e modificata. Si noti che il frammento è estratto dal l. 35 ad Sabinum, e non è inverosimile che Ulpiano qui pure, come nel l. 23, da cui è tolta la l. 5 § 2, riferisse l'opinione di altri giureconsulti, forse dello stesso Giuliano, forse addirittura di Sabino ³⁾, e la confutasse, non altrimenti che nell'altro testo, ma che, per le mutilazioni subite quando venne inserito nelle Pandette, il frammento manchi ora della seconda parte. O, se questa ipotesi non piace, bisognerebbe spiegare la decisione con motivi speciali al caso esaminato nel passo, giacchè non si può ammettere che Ulpiano si contraddicesse entro la stessa opera ⁴⁾.

Lasciamo stare la l. 11, e portiamo l'indagine sull'opinione di Giuliano respinta da Marcello e da Ulpiano nella l. 5 § 2. Alla sua

¹⁾ Il GRADENWITZ, *Zeitschr.* cit. 27, p. 257, con la sua critica penetrante, ha segnalato i motivi per cui si può sospettare che il testo debba la forma attuale ai tagli dei compilatori. Dopo «*si semel actum sit de peculio*» si aspetterebbe una considerazione sulla possibilità di ripetere l'azione; il passo sarebbe pienamente intelligibile, se cominciasse con «*quamvis minus*»; in un capitolo sul peculio non occorre rilevare che il convenuto de peculio viene condannato solo nella misura del peculio; ad ogni modo, se si crede di rilevarlo, la frase «*si semel actum sit de peculio*» va oltre il segno, essa esige che il lettore inserisca tra «*actum sit*» e «*quamvis*» qualcosa come «*amplius agi non potest, sed*». È chiaro, e ciò importa ai fini del nostro studio, che codeste cancellature, od altre di simil genere, non hanno sostanzialmente modificato il contenuto classico del frammento. Già prima del Gradenwitz l'ERMAN, *Études* cit. p. 240, n. 2, giudicava probabile, atteso il carattere dell'opera di Plauzio, che anche qui egli esponesse una controversia, di cui Paolo, o più verosimilmente i compilatori non hanno conservato che il risultato: «*non placuit*».

²⁾ Cfr. gli autori citati nel *Bullettino* 17, p. 250, n. 2 e GRADENWITZ, *Zeitschr.* cit. 27, p. 257, n. 1.

³⁾ Che il testo nella sua sostanza provenga da Sabino? Qualche frase appartiene facilmente ai compilatori, per es. «*... actum est*»; per quale ragione la non ripetibilità del pagamento dovrebbe dipendere dalla contestatio litis? Che Giuliano rifiutando la condictio in debiti, seguisse l'opinione di Sabino e della sua scuola? Io non sarei alieno dal rispondere affermativamente.

⁴⁾ D'altra opinione LENEL, *Edut.* I, p. 332, n. 2.

tesi che il pater familias non possa ripetere ciò che ha pagato oltre l'ammontare del peculio (e lo stesso è da pensare per l'affermazione che il legato della liberatio sia efficace, anche se nel dies legati cedens non ci sia nulla nel peculio) tocca la stessa sorte che vedemmo riserbata al diniego della rescissione contro la consumazione.

È notevole che il celebre giureconsulto trattasse il pater familias come un debitore puro e semplice anche di quella parte del debito che non è coperta dal peculio. Dato questo modo di vedere, quale soluzione avrà egli adottato nel caso della l. 47 § 2? L'Erman¹⁾ crede che Giuliano non possa aver accettato, senza cercare di reagire, la liberazione definitiva del pater familias mediante l'azione intentata per un peculio insufficiente: l'ideale di Giuliano deve essere stato piuttosto nella direzione della l. 30 § 4 D. h. t. Ma ciò non è attendibile, sia perchè Giuliano, contrario alla rescissione, doveva esserlo anche alla limitazione della consumazione, ed infatti egli evitava le conseguenze della sua teoria soltanto con la divisione dell'azione, sia perchè, riguardando il padre come tenuto in certo modo per il debito intero, doveva più facilmente venire alla conclusione che anche l'azione fosse consumata per intero. Ciò che si può concedere, è che Giuliano ammettesse le cautiones escluse da Paolo: non solo il «non placuit» accenna ad una controversia²⁾, ma, poichè Giuliano rifiutava la condictio indebiti, egli non avrebbe potuto far sua la motivazione implicita in quella di Paolo, che il pater familias «non debet universum».

Se la nostra congettura³⁾ si apponesse al vero, ne risulterebbe che neppure nel caso d'insufficienza del peculio la rigida teoria giulianea disprezzava le ragioni dell'equità. Nell'ipotesi del compratore e venditore, pur negando la restitutio in integrum, suggeriva il rimedio della divisione dell'azione; nell'ipotesi di cui discutiamo avviava agli effetti della consumazione con l'imposizione delle cautiones⁴⁾, e questa

¹⁾ *Études* cit. p. 229.

²⁾ Cfr. anche ERMAN, op. cit. p. 240.

³⁾ La enuncia anche ERMAN, op. cit. p. 242, alternativamente con l'altra che abbiamo sopra combattuta.

⁴⁾ Le quali, si noti, posseggono un'efficacia che manca alla restitutio in integrum. Questa, essendo diretta contro l'effetto estintivo della contestatio litis, permette la rinnovazione del giudizio, ma non tocca menomamente i rapporti del padrone col peculio, e la validità dell'ademptio, immune da dolo perchè compiuta

volta dal punto di vista dell'equità si lasciava indietro di molto il suo contraddittore Marcello.

4. I critici odierni, che hanno affermato l'interpolazione della l. 30 § 4 D. h. t., con migliore fortuna dei loro ignorati predecessori, non si sono dati la pena d'invocare a sostegno della loro tesi la l. 47 § 2 D. eod. e gli altri passi sopra esaminati, benchè essi costituiscano per l'emblema, o quanto meno per l'alterazione del frammento ulpiano, una prova, che indarno si cercherebbe nelle immaginarie interpolazioni di altri testi. Al contrario i romanisti, i quali credettero alla genuinità della l. 30 § 4, hanno discusso lungamente e variamente dei rapporti tra i due luoghi di Ulpiano e di Paolo. Un breve esame dei loro ragionamenti è indispensabile per noi, che sul confronto dei due testi abbiamo fondato l'opinione che il primo debba essere alterato¹⁾.

Il Keller, che nella *Commentatio* sembra dare l'interpretazione esatta della l. 47 § 2²⁾, altrove³⁾ ritiene che Paolo non si esprima circa il modo con cui deve essere provveduto a scongiurare il danno del creditore, ma tuttavia pensasse alla restitutio in integrum, che l'attore a suo tempo, « aucto peculio », impetrerà dal pretore.

Io dubito che il Keller non apprezzi tutta la portata del ragionamento fatto dal giureconsulto. Chi concede la restitutio in integrum,

quando il contenuto del peculio era stato già consumato nella soddisfazione dei creditori, permane. Invece le « cautiones de futuro incremento peculii » hanno la virtù di rendere illecita l'ademptio. Poichè il domino, conseguentemente all'impegno preso con la cautio, è tenuto a riservare ai creditori anche i futuri aumenti del peculio, egli non deve frustrare la sua obbligazione. Potrà bensì impedire gli aumenti che presuppongono una nuova concessione (es. eredità, donazioni ecc.), ma non potrà revocare la concessione primitiva. L'ademptio, che è perfettamente regolare quando non si prestano le cautiones, diventa dolosa nel caso contrario. Sulla natura della cautio, che consiste in una semplice promessa verbale, cfr. la l. 63 § 4 D. 17. 2.

¹⁾ La dottrina, esposta anche da PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I, p. 154, che l'actio de peculio si possa sperimentare novamente, ricostituito il peculio, per il residuo credito, se agendo una prima volta non si ottenne piena soddisfazione, può ammettersi nel diritto giustiniano sul fondamento della l. 30 § 4 D. h. t. ed anche della l. 11 D. 12. 6 probabilmente interpolate, sebbene essa sia in contraddizione coi principi enunciati nella l. 47 § 2 D. h. t. e in altri luoghi circa l'obbligazione del pater familias: ma nel diritto classico è proprio vero l'opposto.

²⁾ La quale si trova anche in ALTMANN, *Das beneficium competentiae*, p. 24 sgg.

³⁾ *Jahrbuch* cit. p. 168. Cfr. KRÜGER, *Process. Consumtion*, p. 75, n. 18.

mostra di considerare il pater familias come debitore dell'intero, ed elimina l'ostacolo processuale, formale, che unicamente si oppone alla realizzazione del credito. In altri termini la restitutio in integrum distrugge gli effetti della contestatio litis, e fa rivivere l'obbligazione del pater familias, per la quota non estinta da un pagamento effettivo; ma per giungere a questa conseguenza bisogna appunto supporre che il pater familias sia tenuto nell'intero debito, e non nei limiti del peculio attuale, bisogna cioè ammettere che «universum debet» il contrario di quello che afferma Paolo. D'altra parte poi, se ciò fosse, non si capirebbe più perchè l'attore dovesse contentarsi del rimedio, incerto, almeno per quanto dipende dalla discrezione del pretore¹⁾, della restitutio, e non potesse pretendere quelle «cautiones», che, mentre non aggravano ingiustamente il convenuto, mettono l'attore al sicuro da ogni rischio²⁾.

Diversamente dal Keller, sostiene il Karlowa³⁾ che nella l. 47 § 2 sia detto chiaramente che, a rendere possibile una nuova azione de peculio, non è necessaria alcuna cauzione. Ma è proprio su questo punto che il passo non si pronuncia in nessun modo; esso decide soltanto che il convenuto non deve essere costretto a dare cauzione «de futuro incremento peculii», ed è dal fatto della proposizione di un tale quesito che noi deduciamo, con fondamento, quale fosse l'avviso di Paolo circa la possibilità di agire nuovamente per il residuo con l'actio de peculio. Inoltre il Karlowa non si cura affatto del motivo per cui la cauzione ha luogo nell'actio pro socio: «quia socius universum debet». La differenza tra questa azione e l'actio de peculio deve, secondo lui, consistere in ciò, che nella prima la contestatio litis consuma l'intero ammontare del credito, e nella seconda la deduzione in giudizio è limitata, da una demonstratio o praescriptio demonstrationis loco, all'attuale valore del peculio. Peraltro questa formula dell'actio de peculio non si può certo dimostrare con la l. 47 § 2, dove la disputa verte unicamente sull'obbligo del convenuto di prestare cauzione. o, se si vuole, sulla facoltà del giudice di imporla, ma non si discute se esista o meno il bisogno di ricorrervi⁴⁾. Poichè

¹⁾ Cfr. anche BEKKER, *Aktionen* II, p. 344.

²⁾ Cfr., contro Keller, anche BARON, *op. cit.* p. 84.

³⁾ *Op. cit.* II, p. 1143 sgg.

⁴⁾ Cfr. ERMAN, *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 19, p. 338, n. 3.

si fa questione, se abbian luogo le cauzioni, a me pare che implicitamente se ne ammetta il bisogno; ma, se anche si potesse pensare il contrario, di una cosa non sarebbe mai lecito dubitare, che il testo nega le cauzioni nell'actio de peculio e le ammette nell'actio pro socio, non perchè in un caso non ce ne sia bisogno e nell'altro sì, ma perchè soltanto il socius, e non anche il pater familias, « universum debet » ¹⁾.

Le stesse obiezioni si possono su per giù opporre al Bekker ²⁾, che fa dipendere la decisione di Paolo da un motivo non espresso nel testo nè tale che possa con certezza esserne desunto: la consumazione nell'actio de peculio non supera l'ammontare della condanna, e quindi a garanzia dell'attore non c'è bisogno delle cauzioni, e tanto meno della restitutio in integrum.

La tesi fondamentale del Bekker sulla consumazione dell'actio de peculio trova la sua confutazione nei testi sopra esaminati e nei risultati delle ricerche precedenti. Qui dobbiamo occuparcene solo per ciò che riguarda l'esegesi della l. 47 § 2. Se la differenza tra l'actio de peculio e l'actio pro socio dovesse consistere nella varia misura della consumazione, difficilmente il giureconsulto avrebbe detto che le cauzioni occorrono nell'actio pro socio perchè il socius « universum debet », giacchè da questa proposizione si deduce argomentando a contrario che il convenuto con l'actio de peculio « non debet universum », proprio il risultato opposto di quello a cui logicamente dovrebbe pervenire il Bekker. Il significato del passo è peraltro così chiaro che l'illustre romanista non ha potuto non riconoscerlo. Egli infatti confessava che necessariamente a contrario si deve dire: « dominus non universum debet » ³⁾. Anzi la forza dell'argomento, derivato da quel-

¹⁾ Poichè, al pari del socio, il marito « debet universum », anche nell'a. rei uxoriae dovettero trovare applicazione le cautiones: Giustiniano nella l. 1 § 7 C. 5. 13 riproduce il diritto classico. La l. 8 C. 5. 18 sembra ammettere che l'azione possa reintentarsi anche senza la cauzione; il che, o si spiega supponendo con FRANCKE, *Archiv f. civ. Praxis* 23, p. 427 che il marito non sia stato la prima volta convenuto ma abbia pagato spontaneamente (contro SINTENIS, *Linde's Zeitschr.* 15 p. 325, n. 2), o forse anche pensando che la costituzione di Diocleziano e Massimiano (a. 294) si riferisca al processo extra ordinem, ovvero porterebbe a sospettare che il testo sia interpolato.

²⁾ *Process. Consumption*, p. 83 sgg., *Aktionen* II, p. 343. Cfr. anche BARON, op. cit. p. 83; POKROWSKY, *Zeitschr.* cit. 16, p. 36.

³⁾ Cfr. BEKKER, *Aktionen*, II, p. 343.

l'antitesi, gli sembra tanto stringente che non vale a menomarla la frase: «minus inveniatur rei iudicandae tempore in peculio quam debet». Se pure queste parole provengono da Paolo, esse costituiscono un' imprecisione di linguaggio; il giureconsulto non può aver pensato ad un «dominum debere» in senso tecnico «plus quam est in peculio», ma deve aver voluto dire soltanto che il «debitum» in genere, il quale peraltro non è nessun «debitum domini», supera l'ammontare del peculio¹⁾. A queste belle osservazioni il Bekker non si accorge di contraddire, ammettendo la successiva ripetizione dell'actio de peculio: egli non avverte che in tal modo viene a trattare il domino come se fosse debitore dell' «universum»²⁾.

1) È probabilissima la congettura del BARON, op. cit. p. 82, n. 42, il quale legge *debetur* (minus inveniatur in peculio quam debetur) invece di *debet*. L'ERMAN, nella *Zeitschr. d. Sav. St. f. Rechtsgesch.* 19, p. 338, n. 3, pensa ad un «debet filius (servus)»; negli *Études* cit. p. 239, riferisce con un punto interrogativo la lezione «debetur».

2) Nella sua polemica contro Bekker, il LENEL, *Édit*, I, p. 331 sgg. incorre nello stesso vizio dell'avversario, di non utilizzare convenientemente l'interpretazione esatta data alla l. 47 § 2. Egli crede che le formule dell'a. de peculio e delle azioni con taxatio al quod facere potest si assomigliassero (il che è vero), e che i giureconsulti respingessero l'estensione, alle azioni della seconda specie, del principio che l'a. de peculio consuma il diritto dell'attore solamente nei limiti del peculio attuale. Questo principio è falso, e ad ogni modo la l. 47 § 2 non mostra affatto che il suo autore procedesse nell'enunciare la distinzione dal punto di vista supposto dal Lenel.

Ora, nella 2ª edizione dell'*Edictum*, p. 277, modificando i suoi ragionamenti, il Lenel riconosce che la decisione della l. 47 § 2 si giustifica col riflesso che l'avente la potestà non deve al creditore nulla più che l'ammontare attuale del peculio. Ma la sua affermazione, che il frammento non riguarda punto la consumazione, è inesatta, per lo meno in quanto la questione ivi discussa sorge dal fatto della consumazione. E forse esagerati sono gli inconvenienti che pel Lenel derivano dall'imposizione delle cauzioni. Egli ritiene che bisognasse concedere al pater familias la facoltà di detrarre subito di fronte ad altri creditori l'importo dell'obbligazione dall'incrementum peculii, altrimenti la responsabilità del capocasa si sarebbe estesa, contrariamente all'editto, oltre la misura del peculio.

A me sembra che in nessun caso il pater familias verrebbe ad esser tenuto al di là del peculio (oltre i limiti del peculio *attuale* sempre). La cautio permetterebbe all'attore di riproporre la sua azione, non ostante la consumazione (e impedirebbe al convenuto, come fu già osservato, di frustrare l'aumento del peculio), ma non dovrebbe mutarne la condizione di creditore peculiare. L'obbligazione, dal dominus assunta con la cautio, non è mai deducibile (arg. l. 19. § 2. D. 13. 5), poichè anzitutto il dominus non si obbliga «servi nomine», come sarebbe necessario per far luogo alla deductio (l. 9 § 8 D. 15. 1), ma è costretto a prestare la cautio per effetto della responsabilità adiettizia sua propria, e poi il diritto di de-

Dalla nostra interpretazione della l. 47 § 2 non differisce quella sostenuta ripetutamente dall' Erman. Già nel *Servus vicarius* ¹⁾ egli riconosceva che il motivo per cui il padre non può essere costretto a fornire la cauzione « de futuro incremento peculii » è la mancanza dell' obbligo di fornirla, e non il difetto d' interesse del creditore a riceverla perchè la consumazione non opererebbe per il peculio futuro. E a questa esegesi, rigorosa ed esatta, l' insigne romanista di Münster si è attenuto anche nei suoi studi posteriori.

Non lo ha turbato neppure la circostanza che Stefano ²⁾ fa dipendere chiaramente la necessità delle cautiones nell' a. pro socio dalla consumazione che qui avverrebbe dell' intero credito, mentre nell' a. de peculio sarebbe consumata soltanto la parte del credito equivalente all' ammontare del peculio e per il resto si potrebbe agire di nuovo. Come Stefano sbaglia nei suoi ragionamenti sulla formula dell' a. pro socio ³⁾, così egli non è esattamente informato circa la consumazione dell' a. de peculio. La sua interpretazione, scrive egregiamente l' Erman ⁴⁾, è buona per accordare nelle Pandette (15 1) le *leggi* di Giustiniano, 30 § 4 e 47 § 2, con un « novum inventum, quod dissonantiae querellam dissolvat », che i professori giustinianeî dovevano ricercare « subtili animo », ma essa presta a Paolo e Plauzio un ragionamento bizzarro e inverosimile, in quanto che l' idea essen-

duzione, accordato da Giuliano pel caso che « dominus servi nomine obligatus est », è negato da Marcello ed Ulpiano (l. 9. § 8 cit.), tantochè in definitiva quel diritto nasce solamente con la condanna o col pagamento. D'altra parte non si può addebitare al dominus se, verificatosi l' incrementum peculii, altri creditori più solleciti ne hanno approfittato, perchè il creditore peculiare protetto dalla cautio deve, al pari d' ogni altro, tollerare che il domino detragga dal peculio « si de peculio conventus dominus condemnatus est » e « si quid servi nomine non condemnatus praestitisset creditori ». Perciò non sarebbe da temere neppure l' altra conseguenza giustamente deplorata dal Lenel, che l' attore de peculio mediante la cautio potesse sequestrare per sè, a danno degli altri creditori, il peculio futuro.

Queste osservazioni mi era necessario di fare, perchè il lettore non credesse che io, dicendo probabile l' ammissione delle cautiones da parte di Giuliano, gli abbia attribuito le iniquità che secondo il Lenel vi sarebbero contenute.

¹⁾ P. 512, n. 3.

²⁾ Sch. 9 in Bas. XII, 1, 61; 189 in Bas. XII, 5, 47. Cfr. anche lo sch. 188 (Cyr.), ibidem.

³⁾ Cfr. LENEL, *Editt*, I, p. 331, n. 4.

⁴⁾ *Études* cit. p. 241.

ziale di Stefano - la consumazione e il suo effetto totale o ristretto - non è menomamente indicata nel testo. Senza la l. 30 § 4 non si sarebbe mai veduta nella frase «quia socius universum debet» un'allusione alla consumazione.

Ottime riflessioni, che mi giova addurre in appoggio delle mie! Dopo di che io non so spiegarmi la conclusione dello stesso Erman¹⁾, che, in qualunque modo s'intenda la l. 47 § 2, o la si riferisca alla utilità della cauzione per l'attore o alla sua necessità per il convenuto, essa prova in ogni caso che la consunzione ristretta al peculio esisteva al tempo di Plauzio e Paolo, i quali anche l'ammettevano, ma prova pure che accanto a questa c'era un'altra teoria, quella della consunzione totale.

La l. 47 § 2, insisto nella mia idea, non prova nessuna di queste proposizioni che vorrebbe dedurne l'Erman. Io la riferisco, al pari di lui, all'obbligo del convenuto; credo cioè che Plauzio e Paolo cercassero se il pater familias fosse tenuto a prestare la cautio. E non mi ripugna l'affermazione dello stesso autore, che la frase «tamen cautionibus locum esse non placuit de futuro incremento peculii» provi l'effettiva esistenza di dissensi intorno a questa cauzione. Ho già ammesso che forse l'obbligatorietà della cauzione era difesa da Giuliano, e che Paolo, e se si vuole anche Plauzio, respingono una teoria giulianea nel § 2, come ad un'altra teoria giulianea si oppongono, invocando l'autorità di Proculo, nel § 3.

Ma al di là di questo punto non è lecito procedere, se non si sbriglia la fantasia. Coloro, i quali suppongono che la l. 47 § 2 escluda la cauzione per la sua inutilità, sono logici nel ritenere che i giureconsulti favorevoli alla cauzione dovevano ammettere che essa fosse utile per l'attore, e però gli uni erano partigiani della consunzione ristretta, gli altri della consunzione totale dell'a. de peculio.

Invece noi sul testo della l. 47 § 2 possiamo fondare una sola conseguenza: che, se qualche giureconsulto ha ammesso la cauzione, deve averlo fatto perchè credeva di potere applicare al padre lo stesso motivo che al socius: «universum debet». Ma se il pater familias convenuto con l'a. de peculio «debet universum», come il socio nell'a. pro socio, quell'azione deve consumarsi per intero al pari di

¹⁾ *Études* cit. p. 243.

questa. La cauzione dovette avere lo stesso fine in entrambi i casi: rendere possibile un nuovo processo, malgrado l'avvenuta consumazione¹⁾.

SIRO SOLAZZI.

¹⁾ Il tema della consumazione dell'a. de peculio sarà esaminato direttamente in altro lavoro, per cui questi studi, insieme con quello sull'a. annalis, porgono gran parte del materiale esegetico. Un altro frammento, la l. 1 § 2 D. 15. 3, del quale parimenti s'impugna la genuinità, non può essere apprezzato convenientemente che in uno studio sull'a. de in rem verso.

Al riscatto dello schiavo col suo peculio, di cui mi sono occupato nel n. 3 del secondo di questi studi, è dedicata una monografia del SEUFFERT *Der Loskauf von Sklaven mit ihrem Geld* nella *Festschrift für die jur. Fakultät in Gießen* 1907, p. 3 sgg. Neppure il Seuffert ha visto la differenza che io ho cercato di lumeggiare tra la posizione dello schiavo che si procaccia direttamente la libertà col proprio peculio, nel qual caso il padrone sa ciò che riceve e ciò che dà in cambio, e la posizione di chi si fa riscattare da un terzo fornendogli il denaro tratto dal peculio. Nel secondo caso il padrone potrebbe credere di aver venduto lo schiavo per un prezzo effettivo, e si troverebbe ad aver riscosso ciò che già è suo. Logicamente quindi Giuliano decideva, e Ulpiano ne riproduce la dichiarazione, che chi redime un liber bona fide serviens per mandato di lui e ne paga il prezzo col denaro preso dal peculio appartenente al possessore di buona fede, non ha nessun'azione contro il venditore dopo che il bona fide serviens è stato riconosciuto libero, perchè, se è vero che ha sofferto l'evizione, è anche vero che non ha sborsato nulla dando al venditore i denari che sono proprietà del medesimo.

Il Seuffert, che non ha presente la distinzione da me enunciata, inferisce (p. 19) dalla l. 8 § 5 D. 17. 1 che al tempo di Giuliano non si considerava come una prestazione adempiuta coi mezzi dello schiavo il pagamento fatto col peculio; un tale concetto si sarebbe svolto in epoca posteriore. Ma allora perchè Ulpiano ripeterebbe la dottrina giulianea, sebbene al tempo suo esistesse, come il Seuffert riconosce, la regola opposta? Non soddisfa la spiegazione del Seuffert, che Ulpiano aderisca all'insegnamento di Giuliano perchè ai casi discussi da quest'ultimo non si applica l'ordinanza dei divi Fratres. Sia pure che il liber bona fide serviens non ha bisogno di prevalersi della norma, in forza della quale lo schiavo, che ha dato il denaro ad altri perchè lo riscatti e lo manometta, può costringere costui a liberarlo; ma il principio che il compratore non possa pagare coi denari tolti dal peculio vige per lo schiavo e si applica al bona fide serviens, e dura ancora al tempo di Diocleziano. L'interpretazione della l. 8 § 5 per noi non presenta alcuna difficoltà: tuttavia lo scritto del Seuffert mi ha porto l'occasione di ritornare sopra alla l. 4 § 1 D. 40. 1 e di convincermi che veramente questo passo sembra ammettere la possibilità di una redemptio servi fatta dal fiduciario con mezzi provenienti « ex peculio quod ad venditorem pertinet ». Ora ciò è smentito dalla c. 1 C. 4. 36 e dalla l. 8 § 5 D. 17. 1. Forse la l. 4 § 1 non è stata rispettata dai compilatori, che coi « sive » e coi « vel » hanno voluto dar sfogo a quella che è stata chiamata la loro completomania. Qualche indizio formale non manca: il « se delegante » non appare in nessun altro luogo (cfr. SEUFFERT op. cit. p. 5, n. 1).

STUDI CRITICI E GIURIDICI SUL DIGESTO

I. D. XVII, 1. 14, pr. — II. D. XLVI, 1. 36. — III. D. XVII, 1. 6, 4 è l'opinione di Celso sulla validità del mandato di credito. — IV. D. XXVIII, 6. 18, pr., XLII, 1. 20, XXIII, 3. 7, pr., IV, 6. 26, 9, XXXIX, 3. 2, 5. — V. D. XXVIII, 5. 6, 3-4. — VI. D. XL, 5. 47, 1.

I. — D. XVII, 1. 14, pr. (ULPIANUS, *l. XXXI ad edict.*): « Heredem fideiussoris, si solverit, habere mandati actionem dubium non est. Sed si vendiderit hereditatem et emptor solverit, an habeat mandati actionem quaeritur. Et Iulianus libro tertio ¹⁾ decimo scribit idcirco heredem habere mandati actionem, quia tenetur iudicio ex empto ut praestet actiones suas [*idcircoque competere ex empto actionem quia potest praestare*] ».

Si tratta in questo passo dell'*a. mandati* che compete all'erede del fideiussore, il quale abbia soluto, contro il debitore principale. Niun dubbio può sorgere per questo caso che rientra nella norma comune, che attribuisce al fideiussore l'azione di mandato quando abbia soluto per il debitore (cfr. Gai. III, 127 e D. 17. 1. 10. 11).

Ma Ulpiano presenta la questione per il caso di *venditio hereditatis* e la risolve con la opinione giulianea: idcirco heredem habere mandati actionem quia tenetur iudicio ex empto ut praestet actiones suas.

Dalla vendita dell'eredità, poichè l'*emptor vicem heredis optinet* (cfr. D. 18. 4. 2. 18), parrebbe dover derivare, perciò solo, il trasferimento del contenuto di essa nel compratore; quindi anche il complesso

¹⁾ *quarto*] LENEL, *Paling. ad Ulp.* 913^a.

delle obbligazioni e dei diritti inerenti al rapporto di fideiussione, onde la *quaestio* potrebbe sembrare oziosa.

Se non che la qualità di erede una volta acquistata non può più amettersi (arg. da C. 4. 39. c. 2 e c. 6), essendo soltanto in potestà dell'erede di traslatare, per diverse vie e modi, gli effetti nel compratore; d'altronde poi si può pensare che siccome l'azione contraria di mandato non nasce e spetta se non quando il fideiussore abbia soluto, al momento della vendita, nel caso specifico in esame, essa non passa come attuale, perchè non ancora è stato soluto il debito. Onde, corrispondentemente, mentre è lecito osservare che la legittimazione dell'esistenza, presso l'erede, dell'*a. mandati* per mezzo dell'obbligo di prestarla non sembra avanzata dal giureconsulto come *ragione* della sua esistenza presso l'erede (ragione ch'è invece nel perdurare di questa sua qualità che non si può trasferire), ma come *prova* che essa è presso l'erede [è chiaro infatti che l'erede prima deve avere l'azione e poi prestarla, onde l'obbligo di prestarla è una prova e non la ragione dell'esistenza di quella: nè egli, invero, l'ha perchè è tenuto a prestarla, ma è tenuto a prestarla perchè l'ha]; d'altra parte il passo richiama a proposito l'*a. ex empto* per ottenere la cessione dell'*actio mandati* dall'erede venditore. Per tal modo, se è esatto il dire: '*idcirco habere... actiones suas*', la seguente proposizione invece: '*idcircoque competere ex empto actionem quia potest praestare*' in relazione a quanto è detto innanzi, si concilia soltanto con una logica vuota ed oziosa, che se può attribuirsi ai compilatori non può attribuirsi all'elegante sobrietà di Giuliano ed all'esattezza di concetti ulpianea. Infatti essa, unita al periodo precedente, costituisce, in rapporto alla dimostrazione dell'*a. empti* in ottenimento dell'*a. mandati*, una inutile aggiunta inesatta, che quasi assume nel complesso la forma di un circolo vizioso. L'erede ha l'azione di mandato perchè è tenuto a prestarla con l'*a. empti* e l'*a. empti* compete perchè può prestarla: in altri termini è tenuto a prestare un'azione perchè può prestarla. Senza dire che la mano dei compilatori in quest'ultimo periodo meglio ancora si dimostra dalla inesattezza della ragione proposta a legittimazione dell'*a. empti*, la possibilità cioè (*quia potest praestare*) nell'erede di prestar l'azione di mandato; mentre essa compete per il fatto stesso dell'*emptio hereditatis* con la quale s'acquista il diritto di ottenere le azioni spettanti all'erede agendo

contro di lui, quando non le cedesse: ciò che, del resto, già - e bene - si comprende invece dall'antecedente *quia tenetur iudicio ex empto ut praestet actiones suas* (dove il plurale è pure esatto a significare che con l'*a. empti* si poteva ottenere la cessione di quante azioni fossero presso il venditore, e quindi anche di quella di mandato)¹⁾.

II. — D. XLVI, l. 36 (PAULUS, l. XIV ad Plautium): « Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. Sed non ita est: non enim in solutum accipit sed quodammodo nomen debitoris vendidit [*et ideo habet actiones quia tenetur ad id ipsum ut praestet actiones*] ».

Il passo si riferisce alla posizione giuridica del confideiussore che abbia soluto e al quale siano cedute dal creditore le azioni ch'egli ha contro il reo o contro gli altri fideiussori. Esso è che presenta all'in-

¹⁾ Lo SCHULZ, in un suo articolo su *Klagen Cession im Interesse des Cessio-nars oder des Cedenten im klassisch. röm. Recht* « Zeitschr. d. Sav. Stift. », XVII, (1906) rom. Abth. 82 sgg., ha occasione di esaminare la ns. legge (pp. 88-89), senza sospettarla alterata. Egli pensa che tra le decisioni di Giuliano riferentisi alla *cessio actionum* (D. XVII, 14. 1; XIII, 1. 13, pr.; XX, 5. 7, pr.; VI, 1. 17. 1; XVI, 3. 16) questa sia « die wertvollste, weil sie eine Begründung gibt ».

Sebbene egli stesso sia costretto ad ammettere - in rispetto alla duplicità di motivazione per la *cessio* dell'*a. mandati* 1) idcirco-actiones suas; 2) idcircoque - praestare - che: « die scharf zugespitzte Antithese ist nicht ohne weiteres verständlich »; osserva poi: « bedeutsamer ist die Umkehrung dieses Gedankes (cicè idcirco - actiones suas): idcirco competere ex empto actionem quia potest praestare ». Che egli spieghi: « l'erede non resta obbligato in forza della vendita, ma sotto il punto di vista che egli ha avuto un'azione, la quale per lui costituirebbe un « un-rechtmässiges lucrum ».

Che ciò sia, in sè, giuridicamente logico e anche conciliabile con la interpretazione ch'egli dà di un altro frammento giuliano (D. VI, 1. 17. 1) può darsi: ma che debba così intendersi il passo in questione non mi sembra possibile, dato il suo chiaro significato.

Il giurista non si sarebbe servito di una espressione sì incolore, indefinita ed ambigua per un concetto preciso, ristretto, definito. Poi che Giuliano pensasse che l'erede non fosse obbligato in forza della vendita può trovar contraddizione nel « quia tenetur iudicio ex empto » che precede: nè d'altronde il suo *obbligo* alla cessione che derivasse dal non dover egli percepire un lucro indebito sarebbe convenientemente espresso da « potest ». Di più non si eliminano, a mio vedere, in alcun modo le incongruenze accennate nel testo.

terprete il sottile accorgimento dei giuristi classici per affermare la *cessio actionum* al fideiussore solvente, che ne userà come regresso, fondato sulla considerazione che il pagamento non avviene nella forma di una *datio in solutum* per cui si estinguerebbe ogni azione, ma come forma di una *emptio venditio nominis*, in cui il venditore è tenuto a prestare quanto è inerente al credito e quindi le azioni che ha. [È chiaro però che la sottile norma più che rispondere a una realtà di fatto perchè v'ha solo accettazione di pagamento, fu introdotta per sovvenire con una presunzione legale alla condizione dei fideiussori]. Il passo si presenta quindi genuino fino a *vendidit* (un richiamo alla dottrina esposta da Paolo vedi anche nel frammento di Modestino 76. D. 46. 3).

Il resto è, a mio parere, interpolatizio, perchè le ragioni che vi si adducono con una esuberante motivazione (*ideo, quia*) oltre che essere oziose, insufficienti ed errate sono anche una ripetizione di quanto è già affermato e dimostrato. Infatti l'aver le azioni è posto come conseguenza (*ideo*) della *venditio nominis*. Ciò è già implicito nell'antecedente: '*Sed non ita est*' che nega la tesi proposta ed afferma subito l'esistenza delle azioni' e dell' '*enim*'... il quale dà già da sé la ragion della negazione. Oltre che, la proposizione introdotta dal *quia* mette innanzi una ragione che nulla dimostra: essendo la *cessio* possibile perchè si considera quasi intervenuta una *venditio nominis*, non perchè (né si vedrebbe invero come per questa via si *potesse dimostrare* l'obbligo della cessione) il creditore sia obbligato a prestare le azioni. Il '*quia... actiones*' non dimostra ma afferma ed ammette senz'altro ciò che dovrebbe dimostrare e che, d'altronde, è già appena innanzi dimostrato. Ritenendo che l'aggiunta *ideo-actiones* sia opera dei compilatori si viene anche a togliere al passo quella intonazione di assoluta obligatorietà della cessione (*quia tenetur*), che Paolo verisimilmente non gli può aver dato, come si deduce dalla l. 76 D. XLVI, 3 di Modestino (*l. VI responsor.*), che ammette possibile la cessione solo quando siasi convenuta prima del pagamento: « Modestinus respondit, si post solutum sine ullo pacto omne quod ex causa tutelae debeatur, actiones post aliquod intervallum cessae sint, nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuert: quod si ante solutionem hoc factum est vel, cum convenisset, ut mandarentur actiones, tunc solutio facta esset (est et scr. Momm-

sen) *mandatum subsecutum est, salvas esse mandatas actiones, cum novissimo quoque casu, pretium magis mandatarum actionum solutum quam actio quae fuit perempta videatur*».

III. — D. XVII, l. 6. 4 (ULPIANUS, *libr. XXX ad edict.*): « Si tibi mandavero quod mea non intererat veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus ».

Il passo rientra nel numero di quelli che riguardano il *mandatum pecuniae credendae*, la consistenza giuridica del quale, com'è noto, negata da Servio Sulpicio (cfr. Gai., III, 156 = Inst. III, 6) perchè pensava: '*non magis hoc casu obligationem consistere... quam si generaliter alicui mandetur uti pecuniam suam feneraret*, non fu probabilmente definita in via assoluta che dall'autorità di Giuliano benchè già Massurio Sabino avesse escogitato a sostegno un'argomentazione che, se pure di prevalente indole pratica, bene fissava il movente della prestazione da parte del mandatario [*quia non aliter Titio credidisses quam si tibi mandatum esset*].

E siccome la controversia dovette essere viva tra i giuristi, così essendoci volti a ricercare l'opinione celsina, s'è pensato di dover rintracciare altri luoghi di Celso per controllare la esattezza o meno della citazione che, nel passo surriferito, si fa; l'autorità del giurista essendo messa innanzi a sostenere l'esistenza di un'*actio* diretta del mandante di *fideiubere* o di *credere pecuniam* a Tizio, dacchè è certo che *erit mihi tecum* ecc. si riferisce all'*actio* diretta, se pure non sia pacifico tra gli interpreti che debba riferirsi anche alla funzione di essa per la esecuzione.

Un passo soccorre:

D. XVII, l. 48. 1-2 (CELSUS *libr. VII digestor.*): « § 1. Cum mando tibi ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihi que id nomen praestes, meum in eo periculum meum emolumentum sit, puto mandatum posse consistere

« § 2. Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras periculum dumtaxat

ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem ut mihi quemvis fundum emas ».

Il passo deriva proprio dal libro VII dei digesti, citato nel frammento ulpiano: resta a determinare in base ad esso, quale fu il vero pensiero celsino, per trarne poi induzioni sul valore e la portata della citazione di Celso in D. XVII, 1. 6. 4.

Nel § 1 si tratta di un mandato di *credere pecuniam* a un terzo, ma per conto del mandante, come rilevasi chiaramente da *ut... negotium mihi geras*, sì che a lui spetti l'utile o il danno derivanti dalla conclusione dell'affare: il mandatario occupa così la posizione di un *negotiorum gestor* dietro mandato.

Niun dubbio ha Celso su la validità di tale contratto, che si presenta con le caratteristiche di un mandato nell'interesse del mandante. Una analoga fattispecie si trova in D. XVII, 1. 10. 8 (Ulp. *libr. XXXI ad edict.*), dove è prospettata la ipotesi di un mandato al proprio procuratore di mutuare il denaro proprio a Tizio *sine usuris*; e la questione che sorge, in caso che il procuratore abbia mutuato *non sine usuris*, sull'esigibilità di esse da parte del mandante è da Ulpiano risolta secondo la decisione affermativa di Labeone; eccetto che il *procurator* avesse mutuato *periculo suo*, nel qual caso non era tenuto a *restituere usuras*.

È ovvio rilevare, che la fattispecie celsina a § 1 è una forma di mandato di credito diversa dall'altra più interessante, in cui v'ha da parte del mandante l'assunzione del pericolo e quindi la garanzia del denaro che si manda di mutuare. È questa che riguarda il § 2. Qualche dubbio fondato è già sorto che il passo avesse originariamente una redazione identica a quella in cui ci è pervenuto: deve quindi esaminarsi come fu alterato scoprendo la ragione plausibile dell'alterazione, poichè essa costituisce la riprova migliore e la conferma più sicura dei dubbii nascenti per altra via.

Celso nel § 1 ha riguardata l'ipotesi di un mandato, in cui utile e pericolo sono a carico del mandante, ed ha affermato con recisa convinzione: *puto mandatum posse consistere*: nel § 2 invece, in rapporto al mandato di *credere pecuniam* (e che di questo si tratti, oltre che la connessione con il *credendo pecuniam* del § 1, dimostra ad evidenza l'affermata pertinenza delle usure al mandatario), ha fatto

propria l'opinione di Servio. L'Eisele¹⁾ ha affermato che l'inciso *id-credas* è interpolatazio per una ragione, dirò, di euritmia dei due paragrafi. Nel 1° si pone la ipotesi *cum mando tibi ut credendo pecuniam*; il *credendo pecuniam* è quindi presupposto già innanzi al *tibi negotium geras* del § 2, il quale ha in vista la stessa ipotesi, con diversità in rispetto alle obbligazioni dei contraenti. Quindi l'inciso si presenta con i certi caratteri di un'aggiunta esplicativa.

E, si noti, nè pure scrupolosamente esatta in rispetto a ciò che vuol spiegare: giacchè *tui arbitrii sit nomen* non ha il ristretto significato di *ut credas pecunias*; ma uno più largo, che comprende naturalmente quella specie; quello cioè che il mandatario è il vero e unico soggetto attivo dell'obbligazione, che è contratta in suo favore, e il cui perseguimento è quindi in suo arbitrio.

Nel resto il passo corrisponde all'antecedente ipotesi, *mutatis mutandis*:

	§ 1	§ 2
cum mando tibi ut credendo pecuniam	a) negotium mihi geras	a) tibi negotium geras
	b) mihique id no- men praestes	b) tui arbitrii sit nomen
	c) meum in eo pe- riculum, meum emo- lumentum sit	c) tu recipias usu- ras periculum dum- taxat ad me pertineat
	puto mandatum posse consistere	iam extra ²⁾ man- dati formam est.

Come motiva Celso la negata natura di mandato alla fattispecie da lui proposta? Con le stesse ragioni che già Servio Sulpicio: *iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem ut mihi (leggi tibi) quemvis fundum emas*. Corrispondentemente [Gai., III, 157]: *Servius non magis hoc casu obligationem consistere putavit quam si generaliter alicui mandetur uti pecuniam suam feneraret*. Al mandato in *gratiam mandatarii* di prestar denaro, Celso sostituirebbe:

¹⁾ Die Haftung des mandanten für Schaden des mandatars, in *Archiv für die Civil. Praxis* 84 (1895), pag. 324, n. 6.

²⁾ Bas XIV, 1, 48: ὑπὲρ τὴν φύσιν ἐστὶ τῆς ἐντολῆς.

come termine di paragone, quello di acquistare una cosa, un fondo, che del resto è portato di solito come esempio di *mandatum tua gratia* (cf. Gai., loc. cit.: *Si te hortatus sum ut rem aliquam emeress...*). La nullità deriva, come si rileva di leggieri, dall'essere, secondo i due giuristi, tale forma di mandato un *mandatum tua gratia*, e non quindi obbligatorio, come non è obbligatorio il *consilium*.

E una conferma che solo non fosse Servio a sostenere la sua tesi si potrebbe ricavare da un luogo di Teofilo (*Paraphr.* III, 26. 6), che menziona la controversia sorta fra i veteres, *alcuni dei quali* ritenevano appunto non obbligatorio il *mand. cred.* non altrimenti del *consilium* (τινῶν συμβουλὴν τοῦτο λεγόντων).

Probabilmente invece *mihi* nel luogo originario era *tibi* (se pure non si volesse considerare interpolata tutta la frase finale quemadmodum — emas): infatti è facile convincersi che il sostenere, dopo la fattispecie a § 1, la nullità del mandato a § 2, che ha lo stesso contenuto di quello (*credere pecuniam*) ma con mutate responsabilità del mandante, per mancanza di determinatezza, sarebbe stato volgare e contrario alle più elementari regole di sistema — tanto più che il giurista mostra di considerare la nullità perchè il mandato è *in grat. mandatarii* (*ut tibi negot. geras*) —, mentre sarebbe contraddittorio a tutto lo spirito dei due passi e al contenuto stesso di quello in cui avrebbesi dovuto sostenere l'invalidità per indeterminatezza. Infatti che rilevava per ciò se il *negotium* era proprio del mandante o del mandatario? se i frutti spettassero all'uno più che all'altro?

Per la lezione *tibi* starebbe l'autorità grandissima di uno scolio di Enantiofane nei Basilici (XIV, 1. 48, Schol. 10), che riporta l'opinione conforme di Teofilo, il quale: τὸ ἐμοὶ ἀντὶ τοῦ σοι παρέλαβε καὶ φησιν· ἀχρηστῶς σοι ἐντέλλομαι ἀγοράζειν, ὃν ἂν θέλῃς ἀγρόν.

Può del resto pensarsi che il *mihi* fosse posto dai compilatori in luogo di *tibi* per esprimere la nullità di un *mandatum* credendi indeterminato nell'oggetto e nella persona cui deva concedersi il credito. Che così possa essere si evincerebbe dai commenti dei bizantini al passo dei Basilici corrispondente al celsino — il quale c'è recato con la lezione ἐμοί, *mihi*, ammessa anche in due scolii di Stefano e di Cirillo —: specialmente uno scolio di Stefano (Schol. 10 ad B. XIV, 1. 43), il quale appunto interpreta il passo ammettendo possibile la nullità per la indeterminatezza del mandato e nello stesso tempo

instituisce una sottilissima distinzione, direi *acuminis causa*, perchè, alla fine sembra ammettere l'opinione dominante. Egli nota: che il mandato non vale se io avrò detto: comprami un qualunque fondo. Altrimenti, invece, è se avrò mandato di gestire, come vorrai, i miei negozi. E la ragione n'è manifesta nel fatto che se ti abbia detto: comperami un qualunque fondo (*οιονδήποτε* = *quemlibet*), la *res* o il *corpus*, ai quali ha riguardo il mandato, sono incerti: se invece ti avrò mandato di comperarmi *il fondo che tu vuoi*, in tal caso s' intende che ho voluto darti mandato di comperare il fondo che vuoi tu, *boni viri arbitrato* ¹⁾.

Insomma, secondo la distinzione di Stefano, in tal caso, la scelta lasciata alla volontà del mandatario come quella che può specificatamente determinarsi - secondo la sua volontà - toglierebbe l'assolutamente indeterminato indeterminabile e lascierebbe piuttosto adito a un indeterminato determinabile. Però Stefano ritorna, alla fine, all'opinione comune dicendo che *τὸ quemvis μὴ οὕτως εἰπεῖν ὃν βούληται, ἀλλ' οἰονδήποτε ἀγρόν*, cioè che il *quemvis* non deve intendersi, quello che vuoi, ma qualunque. E invero sinonimo di *quicumque* è usato *quivis* in tutta la latinità e anche dai giuristi. Cfr. due esempi, che ci soccorrono, fra gli innumerevoli: Gai., II, 20; Ulp., *Frg.* VI, 3.

Quanto alla invalidità per indeterminatezza della persona cui si deve credere *pecuniam*, si richiama l'attenzione oltre che all'interpolatizio *id-credas* del nostro fr., al passo di Teofilo III, 26. 6, il quale mostrasi ossequente alle idee del suo tempo quando distingue il mandato indeterminato di *credere tuam pecuniam*, e l'altro di *credere* a persona determinata 'secondo l'uso ora invalso' (*κατὰ τὸ κρατήσαν ἔθος*).

Se si sostituisca il *tibi* nel passo di Celso o se si ammetta bizantina tutta la finale, si deve pur sempre concludere che questo giureconsulto ammise l'opinione di Servio, accettandone i ragionamenti, e negò di conseguenza la validità del *mandatum pecuniae credendae*.

¹⁾ ἔνθα μὲν γὰρ εἰπὸν σοι, ἀγαράσόν μοι ἀγρόν οἰονδήποτε, αὐτὴν τὴν ἀρχὴν ἀδηλὸν ἔστι τὸ τοῦ ἐνταλθέντος πράγμα ἢ σῶμα· ἔνθα δὲ εἰπον, ὡς θέλεις, διοικήσόν μοι τὰ πράγματα, εὐθέως μὲν τὸ τοῦ ἐνταλθέντος σῶμα δηλὸν ἔστιν, τῆς δὲ τοῦ ἐνταλθέντος ἡρτηται γνώμης ἡ διοικήσεις — ἄμεινον οὖν τὸ quemvis μὴ οὕτως εἰπεῖν, ὃν βούληται, ἀλλ' οἰονδήποτε ἀγρόν. .

Certe osservazioni che alcuni, ad es. il Förster (*Der Kreditauftrag. Eine Studie nach römischem u. neu. bürg. Recht.* Leipzig, 1903), propongono come, ad es., che nel § 2 Celso esprimesse dubbi d'indole teorica, che il passo non contenga negazione della validità pratica, concreta del *mandatum pec. cred.*; non danno vita che ad una ipotesi, la quale parte dall'accettazione indiscussa del richiamo in D. XVII, 1. 6. 4. Il Förster stesso è, conseguentemente, costretto ad ammettere che in seguito al § 2 Celso parlasse della validità pratica del mandato di credito concedendo l'azione contraria per il recupero delle somme mutate e la diretta per la cessione delle azioni.

A me sembra che non sia rigoroso principio d'interpretazione questo architettare un seguito al passo, che al contrario non si vede bene come potesse ammettere una susseguente legittimazione del *mand. cred.* dopo una sì recisa negazione: '*extra mandati formam est*', corrispondente a una affermazione egualmente recisa per la fattispecie a § 1: '*puto mandatum posse consistere*'.

Come avrebbe potuto legittimare essa forma? Con l'argomento di Sabino? Ciò male avrebbe distrutta la precedente negazione fondata su argomento di stretto vigore e valore giuridico. Nè, d'altra parte, il passo ha una intonazione da lasciar pensare che volesse darvisi un resoconto della giurisprudenza anteriore (chè in tal caso avrebbe riportato l'opinione di Servio); esso è invece categorico.

Eppoi a che i compilatori avrebbero mutato il *tibi* in *mihi* o aggiunta la finale, per rendere il passo in qualche modo conciliabile con le idee ormai ricevute? O non avrebbero riportato il seguito - se come vuole il Förster ci fosse stato - che riguardava la validità?

A riprova delle nostre asserzioni sulla opinione di Celso si esibisce la l. 3 § 5 D. XV, 1 (ULPIANUS, l. XXIX *ad edict.*):

« Si filius familias vel servus pro aliquo fideiusserint vel alias intervenerint vel mandaverint, tractatum est an sit de peculio actio. Et est verius in servo causam fideiubendi vel mandandi spectandam, quam sententiam et Celsus libro sexto probat in servo fideiussore. Si igitur quasi intercessor servus intervenire, non rem peculiarem agens, non obligabitur dominus de peculio ».

Il passo è chiaro nella sua distinzione della *causa fideiubendi vel mandandi* in rispetto all'*a. de peculio* che compete contro il *dominus*. Ma colpisce la diversità tra l'opinione di Ulpiano e quella di Celso ristretta al caso di *fideiussio*, mentre non si comprende, ammettendo che Celso riconoscesse valido il mandato di credito, perchè egli non ne tenesse conto come fa Ulpiano, che essa validità pienamente ammetteva. Se questo passo da solo non sarebbe probante in via assoluta a favore della tesi che qui si sostiene sull'opinione celsina, non si può invece negare che costituisca insieme agli altri indizi un argomento di non trascurabile valore.

Se così è, come si spiega la inserzione del nome di Celso in D. XVII, l. 6. 4, a proposito del *mandatum ut credas*, del quale si afferma la piena validità con conseguente concessione dell'azione diretta - sia in esecuzione¹⁾, sia per ottenere la *cessio actionum* - e contraria?

Egli, che aveva assolutamente negato il *negotium proprium* del mandante, avrebbe poi riconosciuta al mandato di credito la forma del mandato ordinario secondo l'opinione di Sabino?

Io penso che ciò sia lungi dal vero, dopo quanto si è osservato sul § 2 della legge 48. È in base ad esso, che ci conserva una opinione tolta direttamente dalle sue opere, che deve giudicarsi delle altre testimonianze indirette; e non dall'ammissione, senza discuterle, di questo argomentare, come fa ad es. il Förster, su probabili idee celsine, che avrebbero fatto seguito alla l. 48: tanto più che non è impossibile dare una spiegazione, per altra via, soddisfacente. Suona il § 4 della legge 6: « Si tibi mandavero quod mea non intererat veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro VII digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus » Se si ammetta che riferire a Celso, dopo quanto si è detto, una riconosciuta validità del mandato di credito è impossibile, bisognerebbe pensare che Ulpiano avesse compreso sotto l'autorità di Celso, che poteva bene ammettere la validità del mandato *ut pro Seio intervenias* come forma di *mandatum aliena gratia* (cfr. Gai., III, 155), anche la validità dell'altro *ut Titio credas*, che Celso invece considerava come *tua gratia* (*ut tibi negotium geras*

¹⁾ Cfr., per questa funzione dell'*a. mandati* nel *m. cred.*, i nostri *Studi romanistici* (Padova, 1906) pag. 103 e segg.

(in D. XVII, 1. 48. 1-2; e ciò è pur diverso dal considerare semplicemente la mancanza dell'interesse del mandante, come si dovrebbe indurre che fosse stato il pensiero di Celso dal '*quod mea non intererat*' nella l. 6, § 4, ammettendo esatta la citazione). Se non che non si può addebitare ad Ulpiano simile inesattezza; ed allora è facile concludere che i compilatori o spostarono la citazione di Celso — per essi tanto più facile quanto meno incorrevano in contraddizioni, per aver reso il § 2 della legge 48 un esempio di mandato invalido per indeterminatezza d'oggetto — dal luogo dove si trovava (ad es. dopo *intervenias*, o inserirono addirittura *vel - credas*. Ulpiano, del resto, avrebbe potuto trattare della validità del *mandatum ut credas*, anche in seguito, al § 5, dopo aver detto della nullità del mandato *quod tua intererat*, determinando come se ne distinguesse il *mand. ut Titio credas*: non altrimenti di quanto fa, ad es. Gaio, § 156, dopo avere distinto il *mandatum mea et aliena gratia*.

IV. — D. XXVIII, 6. 18, pr. (ULPIANUS, *lib. XVI ad Sabin.*):

« Si servus communis substitutus sit impuberi cum libertate, si quidem a patre familias fuisset redemptus erit impuberi necessarius: si vero ab impubere redemptus non necessarius sed voluntarius fit heres, ut Iulianus libro XXX digestorum scribit: [quod si neque a pupillo fuerit redemptus, aequitatis ratio suggerit, ut ipse pretium partis suae domino offerens possit et libertatem et hereditatem consequi] ».

Il periodo segnato fra parentesi quadre è già stato sospettato come opera dei compilatori [perchè negherebbe il principio, in vigore pure ai tempi di Ulpiano, dell'accrescimento della quota di proprietà dello schiavo del condomino manumittente al condomino non manumittente (cfr. Ulp. *Frg.* l. 18, *Frg.* Dosith. 10 e *Inst.* II, 7. 4¹)] dal Lenel (*Paling. ad Ulp.* 2546) e dal Mitteis (*Archiv für Papyrusforschung*, III, 255¹) dubitativamente, ed affermato tale dello Scialoja (*Successioni*, pag. 227, anno accademico 1904-1905, Roma), negato

¹) Sulle innovazioni arretrate da Giustiniano con la costituzione riportata in C. VII, 7. 1, e sul modo come dev'essere interpretato il richiamo all'opinione di alcuni giureconsulti classici che ivi si fa cfr. i citati *Studi romanistici* a pag. 12 segg.

invece in modo implicito dal Voigt (argom. da *Römische Rechtsgeschichte* (Stuttgart, 1902), II, 495⁸⁹).

A noi pare di poter far qualche osservazione sui criteri formali che dimostrano essere il luogo interpolato.

L'argomento, addotto dal Lenel d'indole, direi, sistematica, non presenta soverchia sicurezza appunto per la sua stessa indole. Egli sospetta il tribonianismo perchè: *hoc loco quaeri non videtur quum admodum substitutus hereditatem possit consequi, sed utrum necessarius fiat an voluntarius heres*.

Tale questione aveva già risolto lo stesso Ulpiano nel *libr. IV ad Sabinum* (sotto la rubrica *De testamentis*. Cfr. Lenel, *Ulp.* 109) citando Giuliano, del quale aveva certo nella mente il luogo citato anche più oltre nel libro XVI della medesima opera:

D. XXVIII, 5. 6. 3-4 (*De heredibus instituendis*). (ULPIANUS, *libr. IV ad Sabinum*): « Si servum communem cum libertate dominus heredem scripserit et eum redemerit, necessarius efficietur. Sed si substitutus sit impuberi et partem redemerit impubes, necessarius non efficietur, ut Iulianus scribit. § 4. Sed si sit cum libertate institutus, an ei libertatis datio codicillis adimi possit, apud Iulianum quaeritur. Et putat in eum casum, quo necessarius fieret, ademptionem non valere, ne a semetipso ei adimatur libertas; servus enim heres institutus a semetipso libertatem accipit. Quae sententia habet rationem: nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se adimi » ¹⁾.

Ulpiano quindi in altro luogo poteva ben decidere, senza fare strappo a rigidità di sistema, la ipotesi (che si presentava ovvia dopo avere enunciato gli effetti della *redemptio* del servo comune da parte del *dominus* disponente o dell'impubere) in cui la *redemptio* fosse stata compiuta nè dall'uno nè dall'altro.

Esatta è invece, a mio modo di vedere, la ragione accennata dal-

¹⁾ Per il § 4 cfr. lo stesso GIULIANO (*libr. XXIX digest.*) in D. XXVIII, 2. 13. 1: « Regula est iuris civilis, qua constitutum est hereditatem adimi non posse, propter quam liber et heres esse iussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus et libertatem et hereditatem habebit ».

l'illustre Scialoja, che da sottile accorgimento linguistico è indotto ad affermare essere l'interpolazione dimostrata dall'espressione: *aequitalis ratio suggerit* (loc. cit. pag. 227, n. 1).

Tale affermazione, benchè sembri dall'autore piuttosto fondata sull'uso di *ratio* insieme ad *aequitas*¹⁾, ci ha spinto nondimeno a ricercare nelle fonti se le quante volte s'incontri *aequitas* unita al verbo *suggerere*, si possa e debba affermare il tribonianismo.

Nelle opere dei giuristi si trovano usati insieme ad *aequitas* i seguenti verbi: *desiderare* (Papiniano, D. 46. 6. 12); *efficere* (Ulpiano, D. 10. 4. 3. 14; 38. 6. 6); *esse* (Papiniano, D. 21. 2. 66. 1; Paolo, R. S. 4. 5. 7. 3; Ulpiano, *Frg. Vatic.* 198; Modestino, D. 39. 5. 22); *exigere* (Ulpiano, D. 18. 4. 2. 3; Scevola, D. 49. 1. 28. 2); *habere locum* (Ermogeniano, D. 14. 2. 5. 1); *inducere* (Papiniano, D. 26. 7. 36); *movere* (Ulpiano, D. 11. 1. 21); *occurrere* (Celso, D. 37. 6. 6); *ostendere* (Paolo, R. S. 5. 16. 1); *pati* (Modestino, D. 1. 3. 25; Ulpiano, 10. 2. 50; Papiniano, 31. 70. 1; Marciano, 48. 17. 1, pr); *poscere* (Marcello, D. 4. 1. 7, pr (= 50. 17. 183)); *postulare* (Marcello, D. 4. 1. 7. 1); *suadere* (Gaio, *Ist.* 3. 3. 46. 7).

Senza citar qui luoghi dell'usitatissimo *aequum est*, altre locuzioni dei giuristi classici sono: *in aequitate consistere* (Scevola, XLIV, 3. 14, pr.); *aequitate niti* (Ulpiano, L, 5. 1, pr.); *aequitatem sequi* (Ulpiano, XI, 7. 14. 13); *aequitatis ratione servari* (Papiniano, VI, 1. 48); *ex aequitate inhiberi* (Ulpiano XXVII, 9. 10); *aequitatis ratione subnixum* (Paolo, XXVIII, 5. 85 (84), pr.); *ex aequitate competere* (Ulpiano, L, 8. 2. 9); *aequitatem admittere* (Ulpiano, L, 15. 4. 1); *aequitas spectanda est* (Paolo, L, 17. 90).

Fraasi pure usitatissime sono: *secundum rei aequitatem*; *ex aequitate...*; *sententia (res) habet aequitatem*; *conveniens... aequitati* (Gaio, XLI, 1. 9. 3); *aequitate tueri* (Ulpiano, XVII, 1. 8. 8)

Queste sono le locuzioni usate per rendere il concetto che la regolazione di un rapporto in un certo determinato modo è voluta, consigliata, suggerita dall'equità. Nelle Pandette *aequitas* unita al

¹⁾ Invero in assai casi l'uso e l'abuso di *ratio* fa nascere il sospetto dell'alterazione. Cfr. gli esempi e gli autori citati dal ZANZUCCHI in *Archivio giuridico*, LXXII, 205, n. 1. Può osservarsi però, per la espressione *ratio aequitatis*, che il suo uso non dimostra in via assoluta e indubitabile il tribonianismo, poichè si trova anche, a es., in PAUL., *R. Sent.* V, 16. 1 e in *Frg. Vatic.* 366.

verbo *suggestere* (*aequitalis ratio suggerit* o *aequitas suggerit* si trova in cinque luoghi:

- a) D. XXVIII, 6. 18, pr. (ULP. *libr. XVI ad Sab.*);
- b) D. XXXXII, 1. 20 MODESTIN. *libr. II different.*);
- c) D. XXIII, 3. 7, pr. (ULP. *libr. XXXI ad Sabin.*);
- d) D. IV, 6. 26, 9 (ULP. *libr. XII ad edict.*);
- e) D. XXXIX, 3. 2, 5 (PAUL. *libr. XLIX ad edict.*).

a) L'interpolazione è suggerita da ragioni di incompatibilità storica. Il passo nella sua seconda parte - se pure l'alterazione non debba considerarsi un'aggiunta integrale ¹⁾ - doveva, prospettando il caso in cui la *redemptio* non fosse avvenuta nè da parte del testatore, nè da parte del sostituito, affermare la regola dell'accrescimento al condomino ²⁾.

b) « Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus in quantum facere potest condemnandus est ex divi Pii constitutione [*quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitalis suggerit ratio*] ».

Quil'aggiunta dell'ultimo periodo operata dai compilatori (cfr. Lenel *Paling. ad Modest.* 10 ³⁾) è confermata da una notizia del passo di Modestino, conservata negli *Sch. Sinait.* 6 (Cfr. P. Krüger, *Die Sinai Scholien zu Ulpian's libri ad Sabinum* in *Zeitschr. f. Rechtsgesch.* (rom. Abth.) XVII, 12), dove esso manca:

— [ὁ M]od(estinus) β (βλίφ) β' diff[erenti]on αὐτοῦ τι(τλφ) ζ' ἀ(να)-φέρει. Piu διὰτ(αζιν) λέγουσαν μὴ μόνον ἐ[πὶ προτ.] || κός, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ παντὸς

¹⁾ E che tale non sia fa ritenere la considerazione che un'aggiunta come questa affermando una norma di portata generale per un determinato ordine di fatti meglio avrebbe trovato suo posto - se pure un qualche metodo non vada conosciuto ai compilatori - in seguito all'altro passo in D. XXVIII, 5. 6. 3-4, che va sotto la generale rubrica *de testamentis*.

²⁾ Si noti che anche nella costituzione giustiniana (VII, 7. 1) è preveduto il caso in cui erede sia istituito il servo stesso e quindi a lui spetti di redimersi (§ 1 b) « .. necessitatem habere (sc. il socio) partes suas... vendere ipsi qui libertatem servo imponere desiderat vel heredi eius (*licet ipse communis servus heres institutus sit...*) ».

³⁾ Gli altri passi c. d. non sono stati sospettati, per quanto so, nè dal FABRO (cfr. lo scritto diligentissimo di A. DE-MEDIO in *Bullett. dell'Ist. di D. R.* XIII, (1900), pag. 234 segg.; XIV, (1901), pag. 283-84), nè dal GRADENWITZ (*Interpolationen*), nè dal LENEL.

συναλλάγμα[τος ἐναχ] θέντα τὸν ἄνδρα καὶ εἰς ὅσον ἔχει κατὰδικάζει-
[σθαι] —

Ancora la dizione *aequa lance* è propria dei compilatori. Cfr. Kalb, *Roms Juristen*, 143 e n. 2; *Juristenlatein*, 73.

c) [« *Dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit*»] cum enim ipse onera matrimonii subeat aequum est eum etiam fructus percipere ».

Che la prima parte non appartenga a Ulpiano assicura la doppia enunciazione dello stesso principio: nella seconda parte, che è quella appartenente al giurista, questi diceva rettamente che *aequum est* che il marito percepisca i frutti della dote, e ne dava la ragione: *cum ipse onera matrimonii subeat*. E se non si comprende la doppia enunciazione in un classico chè era ozioso e volgare dire - quasi con intento esplicativo (*enim*) - che *aequum est* ciò che *aequitas suggerit*, essa si comprende, invece, come aggiunta dei compilatori, che hanno care le enunciazioni generali a mo' d' aforismo.

d) « "Item - inquit praetor - si qua alia mihi iusta causa videbitur, in integrum restituum"; haec clausula edicto inserta est necessario: *multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singillatim enumerari potuerunt, (ut, quotiens aequitas restitutionem suggerit, ad hanc clausulam erit descendendum)*. Ut puta legatione quis pro civitate functus est: aequissimum est eum restitui, licet reipublicae causa non absit: et saepissime constitutum est adiuvari eum debere, sive habuit procuratorem sive non. Idem puto, et si testimonii causa sit evocatus ex qualibet provincia vel in urbem vel ad principem; nam et huic saepissime est rescriptum subveniri. Sed et his, qui cognitionis gratia vel appellationis peregrinati sunt, similiter subventum, *et generaliter quotiescumque quis ex necessitate, non ex voluntate afuit, dici oportet ei subveniendum* » ¹⁾).

Ulpiano in questo luogo, esaminando la parte dell'editto che riguardava la *restitutio in integrum ob absentiam*, dopo avere riportato nei paragrafi precedenti varie fattispecie specialmente prevedute nell'editto, riporta anche la clausola generale, onde il pretore accordava la *restitutio in integrum* quando vi fosse una *iusta causa*. E

¹⁾ In D. IV. 6. 16 Paolo (*l. XII ad edict.*) espone lo stesso pensiero: 'non enim negligentibus subvenitur sed necessitate rerum impeditis'.

dà prima la ragione pratica della clausola generale: *multi enim casus evenire potuerunt, qui deferrent restitutionis auxilium, nec singillatim enumerari potuerunt*: ed alla fine ne dà la ragione giuridica: *et generaliter quotiescumque quis ex necessitate non ex voluntate afuit, dici oportet ei subveniendum*. Non è precisamente la *aequitas* che Ulpiano ha in mente come quella che suggerisce la restituzione.

Ma v'ha di più. Si rilegga il passo. All'enunciata norma editale segue: *multi casus evenire* ecc. Si aspetterebbe subito qualche esempio: *ut puta* ecc. Invece la continuità logica naturale è interrotta: *ut quotiens aequitas restitutionem suggerit ad hanc clausulam erit descendendum*. Quasi che il suggerimento dell'equità potesse essere un effetto (l'*ut* è causale) dei molti casi che non possono essere enumerati! Poi ancora: la *consecutio temporum* non è osservata: con due perfetti che precedono si ha un *suggestit* presente: eppoi ancora - e questo è sicuro indizio - l'*ut* causale, costruito sempre con il congiuntivo, ha qui un indicativo: *ut erit subveniendum!* (in luogo di *ut... sit... che sarebbe** richiesto anche da *suggestit*).

È proprio il richiamo all'equità, caro ai compilatori, a forza e male inserito in una decisione ulpiana.

e; «Item Varus ait: aggerem, qui in fundo vicini erat, vis aquae deiecit, per quod effectum est, ut aqua pluvia mihi noceret. Varus ait, si naturalis agger fuit, non posse me vicinum cogere aquae pluviae arcendae actione, ut eum reponat vel reponi sinat, idemque putat et si manu factus fuit neque memoria eius extat: quod si extet, putat aquae pluviae arcendae actione eum teneri. Labeo autem, si manu factus sit agger, etiamsi memoria eius non extat ¹⁾, agi posse ut reponatur: nam hac actione neminem cogi posse ut vicino prosit, sed ne noceat aut interpellat facientem, quod iure facere possit. Quamquam tamen deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro eius, *qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est* [: *haec aequitas suggerit etsi iure deficiamus*] ».

È una elegante fattispecie in tema di *a. aquae pluviae arcendae*.

Un argine nel fondo del vicino è stato atterrato dalla violenza

¹⁾ « etiamsi memoria eius extat, agi non posse ut reponatur ». (CUIACIO). Cfr. MOMMSEN h. l.

dell'acqua, sì che n'è derivato nocumento. Varo, in rispetto all'obbligo del proprietario del fondo, in cui era l'argine, distingueva: *a*) se l'*agger* era naturale, nel qual caso questi non poteva essere costretto a ricostruirlo o a lasciarlo ricostruire con l'*a. aquae pluviae arcendae*; medesimamente se l'*agger* fosse manufatto ma non se n'avesse memoria; *b*) se l'*agger* era manufatto e se n'avea memoria, il vicino era tenuto con quell'azione.

Labeone pensava che non si potesse costringere a riporre l'argine anche nel caso che se n'avesse memoria, secondo lo spirito dell'*a. aquae pluviae arcendae*. Paolo, pur riconoscendo che non sia luogo alla vera e propria *a. aq. pl. arc.* sembra concedere azione contro il vicino perchè non s'opponga al rifacimento dell'*agger*. Ed ecco la ragione che ne sarebbe data: *qui factus mihi quidem prodest, ipsi vero nihil nociturus est*. A che un ulteriore: *haec aequitas suggerit etsi iure deficiamus* »? Se veramente il giurista abbia scritto il passo così com'è, ed avesse voluto aggiungere anche la ragione d'equità, non lo avrebbe meglio fatto dove dice di concedere l'azione, in modo più proprio per la dipendenza dal concetto espresso da '*qui factus est*'? Ancora cfr. il richiamo, interpolatizio, all'equità in § 6 in fine.

A riconferma di ciò che siam venuti dicendo, si può citare l'uso frequente del verbo *suggerere* nei libri giustinianeî. Es.:

ut legum auctoritas suggerit. Append. (Schoell) 7. 4.

pietate suggerente C. VIII, 39. 4. (5) 1.

humanitate suggerente I. III, 2. 7.

» » I. III, 6. 10.

Cfr. anche *humanitate suggerente* D. XXVIII, 2. 13 pr. (interp. Lenel, *Paling. ad.*, Iul. 420¹).

In altre locuzioni con soggetto astratto:

incertae fortunae exitus hoc nobis suggessit. C. VIII, 53. 34. 4 a.

quemadmodum et ipsa rei qualitas suggesserit. C. II, 58 (59) 2. 7.

liberalitas autem paterna suggessit. C. V, 11. 7, pr.

Altri esempi (*Proculo viro suggerente...*) C. XII, 19. 15. 2; Ist. I. 5. 3; C. I. 17. 2. 1; VI, 35 12, pr.; Ist. IV, 1. 8; II, 23. 12.

V. — Servus heres institutus a semetipso libertatem accipit.

Questo è un principio che si enuncia nel luogo riportato a p. 13 e che, pur trovandosi in un testo ulpiano (*l. IV ad Sabīn.* D. XXVIII, 5. 6, §§ 3-4), dovrebbe, se genuino, attribuirsi a Giuliano, che vi è richiamato.

Si tratta nel luogo in questione del servo comune qui cum libertate dominus heredem scripserit et . . . redemerit dal condomino per la quota di condominio. Egli diventa erede necessario. Giuliano poneva la questione se con un codicillo gli si potesse togliere la libertà e decideva: 'in eum casum quo necessarius fieret (sc. heres), ademptionem non valere ne a semetipso ei adimatur libertas: [*servus enim heres institutus a semetipso libertatem accipit*]. Quae sententia habet rationem; nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se adimi'. Quest'ultimo periodo contiene l'accettazione, da parte di Ulpiano, del concetto giuliano. Secondo il quale un servo istituito libero ed erede non può, una volta che ha acquistato la libertà e l'eredità, togliersi da se stesso, come erede tenuto alla prestazione del codicillo, e l'una e l'altra.

La norma invece posta tra parentesi quadre si palesa contraria alle regole che i giuristi classici ammisero in materia di manumissione testamentaria e successione dei servi, se si eccettui una dottrina di Atilicino, che Giustiniano richiama nella sua riforma del diritto classico ¹⁾. Non era quindi che il servo, nel caso nostro, non si potesse toglier da se stesso la libertà per il fatto che fosse stato istituito erede, ma perchè l'aveva validamente acquistata e in conseguenza era divenuto capace di acquistar per sè l'eredità ²⁾.

Siccome invece per diritto giustiniano bastava la istituzione in erede del servo per fargli acquistar anche la libertà, con questa in-

¹⁾ GAI. *Inst.* II, 186 (cfr. id. I. 21; II, 153; ULP. *Frg.* 22. 7; PAUL. *Sent.* 3, 4).

Per la riforma giustiniana cfr. C. VI, 27. 5 § 1 b... 'in hereditate et humanus et favore libertatis inducimus ut si quis servum suum scripserit heredem sine libertate, omnimodo civis romanus efficiatur'; § 1 d: '... hereditate servis relicta quasi iniunctam et libertatem esse videri'. Per l'opinione di ATILICINO vedi *Inst.* II, 14. pr.

²⁾ Del resto il passo in questione parla di servus communis cum libertate heres scriptus; e pure D. XXVIII, 2. 13. 1 (cfr. p. 13, n. 1) parla di 'regula iuris civilis... propter quam liber et heres esse iussus quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus et libertatem et hereditatem habebit'.

novazione si comporta convenientemente il principio enunciato dall'inciso: 'servus . . . accipit', ch'è quindi da riferirsi ai compilatori.

Del resto, se si attribuisse a Giuliano ed Ulpiano, apparirebbe anche una ripetizione errata del principio ch'è appena innanzi adombrato con riferimento alla valida istituzione in erede cum libertate di cui è parola nella posizione della fattispecie. Ancora la conferma ulpiana: 'Quae sententia habet rationem; nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se adimi', si riferisce direttamente al periodo: 'ademptionem non valere ne a semetipso ei adimatur libertas'.

VI. — D. XL, 5. 47, 1 (IULIANUS, *l. XLII Digest.*): «Si, cum alienum servum heres rogatus sit manumittere, item communem vel eum, in quo usufructus alienus est, latitet, non inique senatusconsulto libertatibus succurretur».

Il senatoconsulto che qui si richiama è il Iunciano¹⁾, il quale stabiliva che, in caso di assenza del fiduciario rogato di manomettere un servo non ereditario, il pretore poteva sostituirsi ad esso e pronunziare la libertà, con gli stessi effetti che se fosse avvenuta la manomissione da parte del fiduciario.

Il passo distingue tre casi: 1° quello in cui l'erede sia rogato di manomettere un servo altrui; 2° quello in cui sia rogato di manomettere il servo ch'egli aveva comune col testatore²⁾; 3° il caso in

¹⁾ Cfr. LENEL, *Palting.* Iul. 592³; BUHL, *S. Iulianus*, 102¹. Su la data del senatoconsulto (a. 127 d. C.) cfr. KRÜGER, *Geschichte d. Quellen u. litt. d. röm. Rechts* (1888), p. 168 (= träd. BRISSAUD (1894), p. 224).

Il testo del senatoconsulto è conservato da Ulpiano in D. XL, 8. 28. 4: «Si quis servum non hereditarium rogatus manumittere latitet, factum est senatusconsultum Aemilio Iunco et Iulio Severo consulibus in haec verba: 'placere si quis ex his, qui fideicommissam libertatem ex quacumque causa deberent servo, qui mortis tempore eius qui rogavit non fuerit, isque adesse nagabitur, praetor cognoscat et, si in ea causa esse videbitur ut, si praesens esset, manumittere cogi deberet, id ita esse pronuntiet: cumque ita pronuntiasset, idem iuris est, quod esset, si ita, ut ex fideicommisso manumitti debuisset, manumissus esset'».

²⁾ Così intendendosi il passo, il solo fatto della latitanza del fiduciario condomino poneva verosimilmente il praetor in condizione di pronunziare la libertà.

Che se s'intendesse un servo del testatore o dell'erede comune con un terzo, il senatoconsulto potrebbe pensarsi applicabile per l'epoca giuliana, se ed in quanto il condomino fosse disposto a cedere e vendere la sua quota di proprietà

cui l'erede fosse rogato di manomettere un servo di cui fosse proprietario il testatore e usufruttuario un terzo¹⁾. E che così debba

(ed in tali casi però non si comprenderebbe, ammesso che fosse applicabile, come esso senatoconsulto potesse utilmente, in via normale, succurrere libertati).

Invero altra volta abbiamo cercato di dimostrare lo svolgimento del diritto a proposito della manumissione fidecommissaria del servo comune (cfr. *Studi rom.* 23 sgg.). La costituzione di Giustiniano in C. VII, 7, 1, la quale stabilisce che il servo comune manomesso da uno dei condomini possa in ogni caso di manumissione inter vivos o mortis causa conseguire la libertà, essendo costretto il condomino a vendere la sua quota di proprietà al manumissore, introdusse una regola decisamente opposta a quella vigente in diritto classico che accresceva la quota al condomino non manumittente (ULP. *Frg.* 1, 18; *Frg.* Dosith. 10). — Siccome la costituzione giustiniana richiama due costituzioni di Severo e di Severo e Antonino, riguardanti la datio libertatis relictta per fedecommissato da un condomino, *le quali stabilivano l'obbligo negli altri soci di vender la loro quota al fiduciario rogato* (la prima per la manumissione fidecommissaria operata da un militare, la seconda anche per la manumissione operata da privati); e siccome la costituzione stessa richiama Giuliano e Marcello quasi ch'essi avessero introdotto già prima norme consimili a quelle delle costituzioni sunnominate: a noi parve che non si potesse dare al richiamo di Giuliano e Marcello la maggior portata, nel senso che essi ammettessero già quello che solo in seguito una costituzione introdusse per i militari (che sono sempre i primi a fruire delle riforme) e un'altra più generalmente per i privati.

Ne deducemmo che con molta probabilità la dottrina giulianea dovette ispirarsi alle norme generali sui fedecommissi di libertà. Invero, se il fiduciario era tenuto a prestar la libertà, poteva ben darsi quando si trattasse di redimere un servo alieno (e il servo comune si considerava alieno per la quota non di proprietà del fidecommittente, cfr. ULP. *Frg.* 7-10) che il condomino non volesse cedere la sua quota di proprietà al fiduciario; sì che la manumissione da parte di questo non avrebbe potuto effettuarsi validamente ed il fidecommissato sarebbe caduto. Però, siccome chi fosse stato rogato di manomettere il proprio servo era tenuto a prestare la libertà omnimodo (cfr. Marcello citato in D. 40, 5, 24, 12) e d'altronde poi il fiduciario non era tenuto a riscattare l'alieno se non l'avesse potuto redimere con la somma lasciategli dal testatore; ne traemmo la conclusione che le *decisioni di Giuliano dovevano verosimilmente riferirsi a fatti-specie in cui il fiduciario rogato fosse esso l'altro condomino* (perchè essendo il servo, in parte, proprio era tenuto alla manumissione). Le costituzioni di Severo e Severo e Antonino avrebbero poi generalizzato l'obbligo e nel fiduciario di redimere e nel condomino di prestarsi alla redemptio. Insomma, nel caso in cui il condomino fosse un terzo che non avesse lucrato dall'eredità, nè fosse stato rogato di manomettere per la sua quota il servo comune, secondo Giuliano esso non era obbligato a vendere la sua quota di proprietà e quindi il fidecommissato poteva cadere: mentre, dopo le due costituzioni accennate, fu sempre in obbligo di vendere la sua quota di condominio all'erede fiduciario rogato di manomettere da parte del testatore proprietario dell'altra quota.

¹⁾ Questa è pure l'interpretazione dei basilici (48, 4, 47): «ἐὰν ἀλλότριον δοῦλον ἡ ἐπίκοινον ἡ οὖν τῆν ὁ εσποτείαν ἔχω, κελεύσω σοι ἐλευθερῶσαι καὶ λαμβάνης, δίδοται ἡ ἐλευθερία». Il fidecommittente è qui considerato come nudo proprietario.

intendersi s'induce dalla dizione: 'in quo usufructus alienus est', dove l'*alienus* non si può riferire ad esso erede come contrapposto al testatore, nel senso che esso erede fosse l'*usufruttuario*, dacchè in tal caso dovrebbe apparire una frase che esprimesse tale stato di fatto (p. es.: 'in quo usufructus ipse habet'..., o simile) e non una parola che ne esprime chiaramente un altro.

La norma vigente per diritto classico in caso di manomissione di un servo la proprietà del quale fosse disgiunta dall'*usufrutto* è data da

Ulp. *Frg.* 1, 19: 'Servus in quo alterius est usufructus alterius proprietatis domino manumissus liber non fit, sed servus sine domino est'.

Cfr. anche *Frg.* Dosith. 11.

Il servo manomesso diventava *sine domino*, occupabile quindi come *res nullius* (cfr. Girard, *Manuel.* 4, 93).

Giustiniano con una costituzione del 530 d. C. (C. VII, 15. 1) stabilì invece:

1° il servo diviene libero se il proprietario e l'*usufruttuario* convengono nella *datio libertatis*;

2° il servo manomesso dal proprietario senza il consenso dell'*usufruttuario* diventa liberto del proprietario: rimane però presso l'*usufruttuario* quasi *servus* fino alla morte sua o alla estinzione legittima dell'*usufrutto*. Non è impedito però di acquistare: se muore, *vivo fructuario*, la sua eredità si trasmette per *legitimum tramitem* 1).

Quanto al diritto classico richiamo qui i due esempi che ci soccorrono, ma che riprovano la regola, apparendo essi come eccezionali

1) Non interessano qui direttamente le norme regolanti la manomissione da parte dell'*usufruttuario*. Anche qui Giustiniano modifica il diritto anteriore. Mentre infatti una costituzione di Diocleziano e Massimiano (293 d. C., C. III, 33. 9) afferma la nullità assoluta della manomissione del servo in *usufrutto* da parte dell'*usufruttuario*, la costituzione giustiniana distingue: a) se il servo è manomesso in modo che l'*usufrutto* vada al proprietario, questi diviene *dominus plenus*; b) se è manomesso con volontà di liberarlo realmente, non diviene libero dacchè è proprietà del *dominus*. Nondimeno è adottata una via equa: finchè l'*usufruttuario* è in vita o dura l'*usufrutto* non dovrà il servo osservare *pro prietarium et quaedam ministeria* ei adimplere, sed *iudices nostri eum in quiete tueantur*. Con la morte dell'*usufruttuario* o con l'estinzione dell'*usufrutto* egli diventa però servo del *dominus proprietatis*.

e verificantisi, dato il concorrere di certe condizioni per cui era possibile che il servo pervenisse alla libertà.

D. VII, 4. 15: *Interdum* proprietarius ad libertatem perducet, si forte usufructus fuerit tamdiu legatus, quamdiu manumittatur: nam incipiente proprietario manumittere extinguetur ususfructus.

D. XL, 4. 6: Si fructuarium dominus proprietatis heredem scripserit et servo sub condicione sit libertas data, quoniam interim fit heredis, confusione facta ususfructus, si extiterit condicio, perveniet ad libertatem.

Ciò premesso, si presenta, così com'è, scevro di dubbio sulla sua autenticità il richiamo al senatoconsulto?

Se si applicava in ogni caso la norma riportata di Ulpiano, il fiduciario, rogato di manomettere il servo di cui il testatore o egli stesso aveva la proprietà nuda, manomettendo avrebbe fatto divenire il servo un *servus sine domino*.

Però egli, quand'avesse lucrato sufficientemente, com'era obbligato a redimere il servo altrui, potrebbe pur pensarsi che fosse tenuto a tentare il riscatto dell'usufrutto ¹⁾ anche nel caso in cui dominus proprietatis e usufruttuario fossero stati due terzi; sebbene, per contro, l'usufruttuario da parte sua non fosse obbligato (come del resto non lo era nel caso di servo alieno il proprietario) a prestarsi al riscatto. E ciò avvenendo, la manomissione non avrebbe procurata la libertà.

Il senatoconsulto avrebbe in quei casi trovato applicazione, in quanto per esso, in caso di latitanza, il pretore era tenuto ad esaminare se concorrevano le circostanze per cui la manomissione dovesse e potesse compiersi, e in caso affermativo, a manomettere.

Ammesso, ciò che del resto non si può provare con argomenti diretti, che anche al tempo di Giuliano l'eredità fiduciaria dovesse tentare, prima di operar la manomissione, il riscatto dell'usufrutto, il passo giuliano in quella sua generale enunciazione comprende pure la fattispecie formulata da noi (ch'è quella stessa dei basilici: la nuda proprietà del servo nel testatore e l'usufrutto in un terzo, che non fosse l'eredità fiduciaria).

¹⁾ Come pure potrebbe arguirsi che se il dominus fosse stato il testatore e usufruttuario l'eredità rogato, questi avesse l'obbligo di prestare il riscatto.

Ora, in questo caso, appunto perchè il servo è in proprietà del defunto, non sarebbe applicabile il senatoconsulto, che dispone per i servi non ereditari, secondo l'espressione di Ulpiano che lo riferisce, e secondo il suo tenore per i servi 'qui mortis tempore eius qui rogavit non fuèrint'.

Può tale inesattezza riferirsi a Giuliano? Quasi sarei propenso a pensare che il passo non dovett'essere originariamente nella forma che ci è pervenuta, ma determinasse con maggiore esattezza i casi di applicazione del senatoconsulto¹⁾.

Ai tempi di Giustiniano invece, dopo la introduzione delle norme nuove, più facilmente si comprende la enunciazione generale e le inesattezze derivantine; tanto più se si pensi che il senatoconsulto era ormai, normalmente, di più pronta ed efficace applicazione. Infatti, in caso di servo alieno, il rifiuto a prestarsi alla redemptio da parte del terzo proprietario non faceva ormai più cadere il fedecompresso²⁾; trattandosi di servo comune, il socio era in ogni caso obbligato a vender la sua quota al fiduciario; nel caso del servo in usufrutto disgiunto dalla proprietà, il fiduciario poteva senz'altro manomettere ed il servo diveniva suo liberto, salvo a restar quasi servus presso l'usufruttuario fino all'estinzione dell'usufrutto stesso.

(Continua).

G. BORTOLUCCI.

¹⁾ Altri potrebbe fors'anche osservare che nella sua costruzione lo stile non è classico, mancando il soggetto nella protasi: si... latitet, e trovandosi in una proposizione incidentale (cum... heres...).

²⁾ Cfr. per il diritto classico Gai., II, 265; per diritto giustiniano, *Inst.* II, 24. 2 e Cod. VII, 4. 6 interpolato: si modo... libertas (cfr. ACCARIAS, *Précis de droit romain*. Paris, 1886⁴, 141⁵⁶).

NB. — Mentre i presenti 'Studi' attendevano la pubblicazione, ritardata per inevitabili esigenze della pubblicazione del 'Bullettino', il Levy in un suo libro (*Sponsio, fideiussio, fidepromissio*, Berlin, 1907) ebbe ad esaminare distesamente anche il fr. 36 D. 46, 1, del quale rilevai (vedi n. II) la interpolazione certa del periodo finale 'et ideo - praestare', affermandolo anch'egli opera dei compilatori. Non solo; ma propende per un più largo rimaneggiamento del passo.

Egli, osservata la contraddizione del nostro frammento (che sembra, secondo gl'interpreti, astrarre da ogni rapporto di precedenza dell'atto di cessione al pagamento, riconoscendo valida quella anche se susseguiva a questo) con il passo di Modestino in D. 46. 3, 76, che invece richiede un precedente patto di cessione o un'antiorità di questa al pagamento, rileva sospettabile 'perceptio' = 'solutio'.

'*in solutum*' per '*solutum*' e la errata consecutio temporum ('*accipit*', '*vendidit*'). Comunque sia di ciò, la dimostrazione più evidente del principio introdotto dai bizantini del pieno diritto alla cessione delle azioni al fideiussore contro i confideiussori o il reo, si desume dalla interpolazione della proposizione finale, che ammette un obbligo assoluto alla cessione. Quanto alla prima parte, la dizione generica non implica per null'affatto che Paolo pensasse ammissibile una cessione dopo il pagamento, senza almeno patto anteriore. Fu, sin qui, l'ultimo periodo che trasse in inganno gli interpreti. In sostanza Paolo non esprime che il principio della finzione per cui all'*atto del pagamento* il fideiussore comprava le azioni del creditore: nè dicendo che la cessione *contemporanea* al pagamento (come estremo momento utile) era valida, affermava in alcun modo che fosse valida una cessione fatta di poi, senza patto anteriore. Del resto la costituzione II. § 1. C. 8. 40 (41) di Alessandro Severo (: potuisti sane *cum fisco solveres*, desiderare ut ius pignoris quod fiscus habuit in te transferre[re]tur), dimostra la possibilità di una cessione contemporanea al pagamento.

Il Levy svolgendo diligentemente la sua indagine, ha dimostrato con sicurezza quanto nella mia affermazione era preveduto e presentito: che cioè il riconoscimento del '*beneficium cedendarum actionum*' come fermo diritto del fideiussore, deve essere soltanto alla legislazione giustiniana. Questa opinione è ora anche accettata dal Wenger (*Zeitschrift d. Sav. Stift.* 1907, p. 405 rom. Abth.). Vedasi del resto, l'affermazione fatta contemporaneamente a quella del Levy e nello stesso senso, di P. Bonfante in *Ist.* 4 ediz. (1907), 390¹.

G. B.

LOCAZIONE FITTIZIA DI UNA NAVE

IN UN PAPIRO GRECO-EGIZIO DELL' ANNO 212 D. CR.

Tra i molti ed importanti documenti che il Kenyon e il Bell hanno accolto nel vol. III dei *Greek Papyri in the British Museum* testè edito a Londra (resoconti con proposte di nuove letture e integrazioni ne hanno già pubblicato il Mitteis, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung, Rom. Abt.* XXVIII, p. 380-385 e il Wilcken, *Archiv für Papyrusforschung* IV, p. 526-560), un lunghissimo papiro (n 1164, p. 154-167) ferma l'attenzione del lettore. Trattasi d'un rotolo composto di dieci documenti originali diversi collegati insieme e contenenti, a prescindere dal primo (a) di cui non è possibile per lo stato frammentario accertar la natura, la restituzione d'un mutuo di 2800 dramme (b), la vendita di metà d'una casa per 600 dramme (c), il pagamento d'un debito di 330 dramme con gl'interessi e le spese (d), la vendita di parte di due case per 1700 dramme (e), la vendita di metà d'una casa con costituzione di *habitatio* per 700 dramme (f), la restituzione d'un mutuo di 200 dramme (g), l'affitto per 60 anni di una nave per la somma di 8000 dramme (h), il pagamento di 1000 dramme pel trasferimento di certi privilegi (i) e la cessione della terza parte d'una casa in saldo d'un debito di 2000 dramme (k). Questi atti, disposti di seguito l'un dopo l'altro in ordine di data, appartengono tutti al mese Pharmouthi dell'anno 20 di Caracalla, cioè all'aprile del 212, l'anno famoso della concessione generale della cittadinanza romana ai sudditi dell'impero. E la ragione del trovarsi riuniti insieme sta nel fatto ch'essi erano stati tutti annotati nei registri del banchiere Anoubion di Antinoopolis (dei quali appunto il nostro documento è una parte), poichè per suo mezzo i pagamenti delle rispettive somme erano stati fatti: del che il banchiere aveva

preso nota, segnando al principio di ciascun atto il giorno, il nome delle parti e la somma sborsata.

La natura di questi atti non rappresenta per la maggioranza di essi alcuna novità, sebbene qualcuno non manchi d'uno speciale interesse. Ma quello che più sorprende pel singolarissimo suo contenuto è il settimo (1164 *h*): un affitto per 60 anni d'una nave greca (πλοῖον Ἑλληνικόν) fatto non per mercedi annue, ma per un'unica somma complessiva di 8000 dramme, delle quali il conduttore paga in conto 6000 al momento della consegna, impegnandosi a versar poi le altre 2000, con clausole e convenzioni affatto simili a quelle di una vendita; cosicchè mentre per la forma e per la terminologia usatavi l'atto si presenta come una locazione, nella sostanza e negli effetti giuridici delle convenzioni apparisce invece una vera e propria alienazione per vendita.

La singolarità dell'atto sta dunque non solo nella novità sua per l'oggetto a cui si riferisce, - chè, s'io non m'inganno, nè di vendita nè di locazione di navi si ha alcun altro esempio nelle collezioni papirologiche¹⁾, (e pei filologi è da aggiungere anche il pregio d'aver qui una descrizione minuta e particolareggiata della nave e del suo arredamento, con più d'un termine nuovo), - ma altresì nella difficoltà d'interpretarne il valore giuridico di fronte alla contraddizione logica che v'ha tra la veste e la sostanza delle convenzioni. Come può infatti spiegarsi - e già gli editori (p. 164, n. 6) lo hanno notato - una locazione per 60 anni d'un oggetto, che allo spirar del termine doveva evidentemente esser divenuto inservibile e non avrebbe quindi potuto più restituirsi dal conduttore? Ad aumentare la perplessità una nuova contraddizione s'aggiunge a quella sostanziale, e la seconda ancor più stridente della prima: l'atto (vendita o locazione che sia) è chiamato dalle stesse parti *locazione-vendita*, *μισθωπράσια*: una parola affatto nuova nel linguaggio giuridico greco, di cui non è possibile dubitare poichè ritorna ben quattro volte nel contesto dell'atto (*μισθωπράσια*, *μισθωπράσια*) e di cui è pur chiaro il senso generico, ma inafferrabile il valore tecnico-giuridico.

¹⁾ Di navi egizie si parla del resto sovente nei papiri, in atti di carico o ricevute per trasporto di derrate, come grano ed orzo, o ordini d'imbarco. ecc.; cfr. ad es. tra i papiri del periodo tolemaico Ihibeh Pap. I, 39, 82, 98, 100, 156; Pap. Petr. II, 20, 47; III, 36^b, ecc.

Ricerarne la spiegazione dal punto di vista storico-giuridico mi è parsa indagine non priva di utilità, soprattutto perchè il nostro documento può gettar qualche luce da un canto sulla storia del commercio delle navi e dei collegia naviculariorum, dall'altro sulla questione generale della influenza e della applicazione del diritto imperiale romano in Egitto. Ed incomincio col riprodurre integralmente l'atto, avvertendo che ho tenuto conto, nel testo, delle correzioni proposte dal Wilcken, dal Grenfell e dal Hunt, e che quanto ad alcuni vocaboli nuovi relativi all'attrezzatura e all'equipaggiamento della nave occorre lasciare ai filologi la cura di trovarne la significazione.

κ. Ἀρμυριμίου τοῦ καὶ Μέλκνος Ὠρου ἀρχ Ἀ α.

Ἔτους εἰκοστοῦ αὐτοκράτορος καίσαρος Μάρκου Αὐρηλίου Ἀντωνίνου Παρθικοῦ Μεγίστου Βρεταννικοῦ Μεγίστου Εὐσεβοῦς [Σ]εβαστοῦ μηνὸς Πανήμιου Φαρμοῦθι κ̄ διὰ τ[ῆς] Ἀν[ο]υ[β]ίωνος Ἀμμωνίου Ματιδίου τοῦ κ[αί] Καλλιτεκνείου ἐν Ἀντινοουπόλει χρη[μ]ατιστικῆς τραπέζης Ἀρμιρύμιος ὁ καὶ Μέλας Ὠρου ¹⁾ μητρὸς Σεναίητος ἀπὸ Τεντύρ[ε]ως τῆς μητροπόλεως Πβήμι Πεβῶ[το]ς τοῦ Βήκιος μητρὸς Σενθοτμήμιος ἀπὸ Πανοσπόλεως, μεμισθωκέναι τὸν Πβήκιν τῷ Ἀρμυριμῷ τῷ καὶ Μέλανι κατὰ τήνδε τήν ²⁾ κατὰ μισθοπρασίαν ἐπὶ χρόνον ἔτη ἑξήκοντα ἀπὸ τῆς ἐνεστώτης καὶ ὑποκειμένης ἡμέρας τὸ ὑπάρχον αὐτῷ πλοῖον Ἑλλ[η]νικὸν ἀγωγῆς ὁ (ἀρτάβαι) ὁ πλειόνων ἢ ἐλασσόνων κεχαλατριωμένον καὶ ἐστρωμένον καὶ σεσανιδ[ω]μένον διὰ νεῶς σὺν ἱστῷ κ(αί) κέρατι κ(αί) λιναρμένῃ ³⁾ καὶ σχοινίοις κ(αί) κήδοις κ(αί) κρίκοις καὶ μανγάνοις κ(αί) πηδάλίοις δυσεὶ σὺν οἶαξι κ(αί). ὅκνοις κ(αί) κῦποις τέσσαρσι κ(αί) κοντοῖς πέ[ν]τε σὺν θηλαῖς σιδηραῖς κ(αί) θυραβέθραις κ(αί) διαστῆρι κλιμακίῳ κ(αί)

¹⁾ GRENFELL e HUNT leggono Τηρου invece di Ὠρου e WILCKEN, *Arch. f. Pap.* IV, p. 552 integrerebbe Τηρου(τήρου); similmente alla l. 1 e 27.

²⁾ Lettura di GRENFELL e HUNT, WILCKEN, l. c. Il κατὰ che segue è una ripetizione dovuta a svista dello scrivano.

³⁾ Così legge l' HUNT, WILCKEN, l. c., invece di λιν[ω α]ρμενω.

ἐργάτῃ καὶ ἀνκύραις σιδηραῖς δυσὶ σὺν σπάθαις σιδηραῖς κα(ι)
μονοβόλῳ ἐνὶ

κ(αί) σχοινίοις ¹⁾ σεβενίνιοις κ(αί) παρόλκῳ κ(αί) σχοινίοις ἀπογοίοις ²⁾
καὶ ἐμβόλια τρία κ(αί) μέτρῳ ἐν(ί) κ(αί) ζυγῇ κ(αί) κιλικίῳ κ(αί)
κατώτιον κατὰ γε[υ]στρίδα ³⁾

σὺν κώποις δυσὶ ἐξηρτισμένον πᾶσι τοῖς ἀνήκουσ(ι) κ(αί) ὀβολίσκῳ
σιδηρῇ, φόρου τοῦ συ[μ]πεφωνημένου πρὸς ἀλλήλους τοῦ ἐξήκοστα
ἔτους χρόνου ἀργυρίου τάλαντου ἐνὸς κ(αί) δραχμῶν δισχειλίῳ, ἀφ' ὧν
αὐτόθι ἀνείρηται ὁ Πβήκις παρὰ τοῦ Ἀρμιρυμίου τοῦ καὶ Μέ-
λανος ἀργυρίου τάλαντον ἐν / (γίνεται) ἀργυ(ρίου) Ἄ α, τὰς δὲ λοιπὰς
τῶν φόρων δραχμὰς δισχειλίας ἀποκαταστήσει ὁ Ἀρμιρύμιος ὁ καὶ
Μέλας

τῇ Πβήκι παραγινομένου αὐτοῦ εἰς τὸν Πανοπολείτην λαμβάνων
παρ' αὐτοῦ τό τε να[υ]πηγικὸν τοῦ πλοίου κ(αί) ἄλλας προκτη-
τικ[άς] ἀσ-

φαλείας τοῦ αὐτοῦ πλοίου πρὸς τὸ μένειν αὐτῇ κ(αί) τὰ ἀπ' αὐτῶν
δίκαια ἐκδιδούντος [τοῦ] Πβήκιος τῇ αὐτῇ Ἀρμιρύμῳ τῇ κ(αί)
Μέλανι τὰ καθή-

κοντα γράμματα τῶν αὐτῶν δραχμῶν δισχειλίῳ, ἐντεῦθεν δὲ παρέ-
λαβεν ὁ αὐτὸς παρὰ τοῦ Πβήκιος τὸ προκείμενον [π]λοῖον

σὺν τῇ καταρθίᾳ κ(αί) τῇ καταγευστήρῃ ἐφ' ὅρμου Ἀντινοῦπόλεως
κ(αί) ἀπὸ τοῦ νῦν εἰ[ς] τὸν αἰὶ χρόνον κρατεῖν κ(αί) κυριεύειν
τὸν Ἀρμιρύμιον

τὸν κ(αί) Μέλανα κ(αί) τοῦς παρ' αὐτοῦ τοῦ μεμισθωμένου κατὰ
μισθοπρασίαν αὐτῇ πλοίου καὶ διοικεῖν καὶ ἐπιτελεῖν περὶ αὐτοῦ
ὡς ἐὰν αἰρῶν[ται] τρ[ό]-

πον ἀνεμποδίστως ἔτι δὲ κ(αί) μεταμισθοῖν ⁴⁾ κ(αί) ναυτολογεῖν καὶ
ἐκλέγεσθαι ⁵⁾ τὰ ἐξ αὐτοῦ περ[ι]γενόμενα πάντα ἔτι δὲ κ(αί)
λύειν κ(αί) μετα[ρ]υθμ[ι]-

¹⁾ È forse per errore di stampa che nel testo del KENYON si legge: σχοινίος.

²⁾ Lettura di GRENFELL, HUNT e WILCKEN, l. c.

³⁾ Intendi γαστρίδα.

⁴⁾ Lettura di GRENFELL e HUNT, l. c.

⁵⁾ Lettura di HUNT, invece di ἐκγινέσθαι.

ζειν τῆς βεβαιώσεως διὰ παντὸς πρὸς πᾶσιν βεβαιώσιν ἐξαιρουμένης
 τῇ Πβήκει κ(αί) τοῖς παρ' αὐτοῦ οὓς κ(αί) μὴ ἐπελε[ύ]σεσ[θαι]
 ἐπὶ τὸν μεμισθωμένον μηδὲ ἐπὶ τοὺς παρ' αὐτοῦ τρόπῳ μηδενὶ πα-
 ρευρέσει μηδεμίᾳ· ἐάν δὲ ἐπέλθῃ τις κ(αί) μὴ βεβαιώ[σῃ] ἢ τε
 ἔφοδος ἄκυρος ἔστω κ(αί) προσαποτίσωσ[ι] τῷ μεμισθωμένῳ ἢ τοῖς
 παρ' αὐτοῦ διπλοῦς τοὺς φόρους εἰς τὸ δημόσιον τοὺς ἴσους κ(αί)
 τὰ β[λ]ῆβη

κ(αί) τὰ δαπανήματα χωρὶς τοῦ κυρίαν κ(αί) βέβαιαν μένειν τὴν μισθο-
 πρασίαν. (2^a m.) Πβήκῃς Πεβῶτος Πβήκιος μητρὸς Σενθοτημίνιος
 ἀπὸ Πανοσ-

πόλεως μεμισθοντα κατὰ μισθοπρασίαν ἐπὶ χρόνον ἔτη ἐξίχοντα τὸ
 ὑπάρχον μοι τὸ προκείμενον πλοῖον Ἑλληνικὸν ἀγωγῆς ὁ πλεόνων
 ἢ ἐλασσόνων σὺν κατοθίῳ κατὰ γευστρίδα σὺν τῇ προκειμένῃ πάσῃ
 καταρθείᾳ φόρου ταλάντου ἑνὸς καὶ δραχμῶν δισχειλείων, ἀφ' ὧν
 αὐτόθι ἀνείρημαι παρ' αὐτοῦ ἀργυρίου τάλαντον ἕν, τὰς δὲ λοιπὰς
 δραχμὰς δισχειλείας ἀπολύμψομαι παρ' αὐτοῦ ἐν τῇ Πανοπολείῃ
 λαμβάνων παρ' ἐμοῦ τὰς προκτηθικάς ασφαλείας καὶ παρέδοκα αὐτῷ
 τὸ πλοῖον καὶ βεβαιώσω ὡς πρόκειται. Ἀρμυρῆμιος ὁ καὶ Μέλα[ς]
 ὦρου

ἀπὸ Τεντύρης τῆς μητροπόλεως μεμισθῶμαι καὶ τὰ μισθωπρασίαν τὸ
 προκείμενον πλοῖον φόρου ἀργυρίου ταλάντου ἑνὸς καὶ δρα[χ]μῶν
 δισχειλείων ἀφ' ὧν αὐτόθι ἐκξώδιασεν ἀργυρίου τάλαντα ἕν, τὰς δὲ λυπὰς
 δραχμὰς δισχειλείας ἀποκαταστήσω αὐτῷ ὡς ἐπάνου δεδ[ή]λωται
 καὶ (ἐν)τεῦθεν ¹⁾ ἔλαβον τὸ πλοῖον. Σαραπίων ἔγραψα ὑ(πὲρ) τοῦ
 πατρὸς γράμματα μὴ ἰδόντος.

La nave ch'è oggetto della contrattazione è un battello a vela,
 da trasporto, destinato alla navigazione del Nilo ²⁾, e della portata

¹⁾ Lettura di GRENFELL e HUNT, l. c.

²⁾ Di navi costruite per la navigazione sul Nilo si hanno ricordi qua e là nei documenti, ma non così completi come quelli del nostro papiro. Particolari abbastanza minuti son forniti da Athen. V, 204 sgg. circa la grande nave fatta costruire da Tolomeo Filopatore, di singolar pregio e regalmente arredata, una nave per viaggi di delizia (σαλαμηγός) di straordinarie dimensioni, che non può certo servir di confronto per questa molto modesta ed esclusivamente destinata ai bisogni mercantili. Neppure son da farsi confronti con le navi, anch'esse fluviali,

di 400 artabe. Ch'essa sia da trasporto risulta e dalla indicazione della portata e dall'essere a vela, come sogliono appunto siffatte navi, nelle quali il numero dei remi, a differenza che nelle navi da guerra, è sempre minimo (qui non se ne hanno che quattro), essendo essi adoperati soltanto per le manovre, non mai per navigare¹⁾. La minuta descrizione delle varie sue parti e degli accessori che con essa vengono consegnati (ll. 7-11) è singolarmente interessante e gioverà molto agli antiquari per completare le nostre nozioni circa la costruzione e il governo delle navi²⁾. Ma più d'un termine rimane oscuro.

La nave è garantita perfetta e completa, con quanto occorre per la navigazione, per l'approdo, per le operazioni di carico: ben calafata (*καρχαλατριωμένον*)³⁾ e spalmata (*ἐστρωμένον*), munita di ponte (*σεσανιδωμένον*), con un albero (*ιστός*)⁴⁾, un'antenna (*κέρας*), l'attrezzatura delle vele (*λινάρμενον*)⁵⁾, i canapi (*σχοίνιον*), le secchie o sesso-

che servivano al trasporto delle merci sul Tevere (*naves caudicariae*); cfr. Festo, h. v., Nonio XIII, 12. - Si veda del resto sulla marina militare e mercantile degli Egizi al tempo dei Lagidi, LUMBROSO, *Recherches sur l'économie politique de l'Egypte*, p. 138 sgg., p. 233 e sgg.; BOUCHÉ-LECLERCQ, *Histoire des Lagides* IV, p. 62 sgg.

¹⁾ Cfr. TORR nel *Dict.* di DAREMBERG e SAGLIO v. *navis*, p. 25.

²⁾ Per la ricca letteratura sulla marina greca e romana, sul modo di costruire e di manovrare le navi sia da guerra sia da trasporto, sulla loro attrezzatura e capacità, rinvio, per non abbondare nelle citazioni, all'ottimo ed accuratissimo studio del LÜBECK, *Das Seewesen der Griechen und Römer* (Progr. della « Gelehrten-schule des Johanneums ». Hamburg, I, 1890, p. VIII-55; II, 1891, p. 48) in cui sono ricordati e diligentemente riassunti tutti i lavori precedenti. Di esso son da vedere soprattutto (tralasciando la parte che riguarda le navi da guerra e le questioni circa le triremi, la disposizione dei rematori, ecc.), le pagine relative alle navi mercantili (I, p. 21-24) e da trasporto (I, p. 24-25), nonché alle varie specie loro (I, p. 33-36), e quelle relative all'attrezzatura (II, p. 9-22) e alla suppellettile (II, p. 22-25). Notizie abbastanza diffuse, sebbene più succiute, si possono leggere nel cit. articolo del TORR. - Essendo le navi egizie molto simili alle greche ed anzi trattandosi qui di un *πλοῖον Ἑλληνικόν*, i dati circa la marina greca possono ben applicarsi anche a questa, salvo le differenze derivanti dall'esser questa una nave fluviale. Se essa fosse atta anche alla navigazione marina (cf. l. 1 § 12 D. 14. 1: 'item quaedam fluvii capaces ad mare non sufficientes') non sappiamo.

³⁾ Gli editori, p. 164 n. 7 ricordano il *χαλάδρον* di P. Oxy. III, 646. A me pare possa ben pensarsi all'opera del ristoppar le connessure, cui doveva seguir quella dello spalmare la superficie con catrame o pece; cfr. AULO GELLIO, *Noct. att.* 17. 3.

⁴⁾ Più innanzi (l. 17) è scritto: τὸ προκείμενον πλοῖον σὺν τῇ καταρτίᾳ; ed è da leggere *καταρτία*, corrispondente a *κατάρτιον*, l'albero della nave.

⁵⁾ Cfr. sugli alberi, le antenne, le vele, LÜBECK, op. cit. II, p. 10-13, 15-16, 19-22.

(κάδος) ¹⁾, gli anelli per le corde o radancie (κρίκος), i bozzelli (μάγγανον), due timoni (πηδάλιον) ²⁾ con le manovelle (οἶαξ) ³⁾, gli ἄγκυρα (?) ⁴⁾, quattro remi (κώπη), cinque pertiche a gancio con le punte di ferro o anghieri (κοντός) ⁵⁾, le θυραβάθρα (?) ⁶⁾, la scaletta da sbarco (διαστήρ κλιμάκιον) ⁷⁾, un argano (ἐργάτης), due ancore con le punte di ferro (ἀγκύραι), un μονόβολον (?) ⁸⁾, le corde di filamenti di palma (σχοινίον σεβινίνον) ⁹⁾, la macchina per trarre in secco la nave (πάρολκος), il cordame da attracco (σχοινίον ἀπόγειον) ¹⁰⁾, tre tramogge (ἐμβόλιον), una misura (μέτρον) ¹¹⁾,

¹⁾ Cfr. LÜBECK, II, p. 25.

²⁾ Cfr. TORR, art. cit. p. 37 n. 11; LÜBECK, II p. 24.

³⁾ TORR, p. 37 n. 17.

⁴⁾ Che sien parti della nave è certo e risulta anche da qualche altro testo, come EPIPH. *Haeres. apost.* 3, I, 1044 A; ma è ignoto che cosa sieno, cfr. il *Thes. graecae linguae* dello STEFANO e il *Greek Lexicon of the rom. and byz. periods* del SOPHOCLES, s. h. v.

⁵⁾ Cfr. TORR, p. 40 n. 3; LÜBECK II, p. 24.

⁶⁾ Ἀποβάθρα è chiamata la passerella, l'asse che si poggia sul bordo della nave da un capo e la riva dall'altro per mettere in comunicazione la nave con la spiaggia (LÜBECK II, p. 23) o anche la scaletta da sbarco. Poichè di una scaletta si parla subito dopo (κλιμάκιον) e questa appunto serve allo sbarco (TORR, p. 40 n. 1) la θυραβάθρα potrebbe designare un ordigno che col κλιμάκιον concorre alle operazioni di sbarco e d'imbarco. Ovvero indica le porte, le botole che chiudono l'apertura e la scala della stiva?

⁷⁾ Il preciso significato di διαστήρ mi è ignoto. Ha esso rapporto col termine del greco volgare moderno in cui ha senso di orditoio?

⁸⁾ Anche questo termine è incerto che cosa designi. In EPIPH. I, p. 508 A si ha l'avverbio μονόβλως, nel senso di *uno ac simplici modo* (cf. STEFANO, *Thes. gr. ling.* s. v. μονόβολον: 'Ἔοικε δὲ ἡ ἁγία τοῦ Θεοῦ Ἐκκλησία νηί. ναῦς δὲ οὐκ ἀπὸ ἐνὸς ξύλου ἀρμύζεται, ἀλλ' ἐκ διαφόρων, καὶ τὴν μὲν τρόπον ἀπὸ ἐνὸς ξύλου κέκτηται, ἀλλ' οὐ μονόβλως· τὰς δὲ ἀγκύρας ἐτέρων, περιτονέα (l. περιτόναιά) τε καὶ σανίδας, καὶ τὰ ἐγκυλίσματα (χελύσματα) τε, καὶ μέρη πρύμνης, καὶ τοίχων καὶ ζυγωμάτων, ἱστίων τε καὶ πηδάλιων, ἰκνῶν τε καὶ αὐχενίων, οἰάκων τε, καὶ τῶν ἄλλων πάντων, ἐκ διαφόρων ξύλων ἔχει τὴν συναγωγὴν. Ἐκάστη δὲ τούτων τῶν Αἰρέσεων μονόβλως τις οὖσα, τὸν χαρακτῆρα τῆς Ἐκκλησίας οὐχ ὑποφαίνει'). Ma nulla può dedursi da questo passo, che pur contiene una minuta descrizione delle varie parti della nave, per determinare il significato del sostantivo. In una iscrizione (DITTENBERGER, *Sylloge inscr. graec.* II, 587, 307, n. 219), ricorre lo stesso termine col significato 'di un sol pezzo'.

⁹⁾ Cfr. anche il pap. 929 l. 23 nello stesso vol. III, p. 42: σχοιν σεβεννιν. Gli editori (p. 42 in nota) congetturano che in questo passo il σ iniziale della seconda parola potesse appartenere alla prima, e la seconda dovesse leggersi ἱβεννιν(ά?). Ma la congettura è esclusa dalla lezione non equivoca del nostro documento.

¹⁰⁾ Cfr. TORR, p. 37, n. 9; LÜBECK, II, p. 24.

¹¹⁾ Essa era portata sulla nave per la misurazione delle derrate da trasportare; e ciò conferma che la nave è un battello pel trasporto probabilmente di grano, orzo e simili.

il banco pei remiganti (ζυγόν)¹⁾, un cilicio (κίλικιον)²⁾, una barca da salvataggio o da approdo (κατώτιον κατὰ γαστρίδα)³⁾ con due remi fornito di tutto l'occorrente, e gli ombrinali (ὀβελίσκος)⁴⁾.

Le parti contraenti sono Pbecis, proprietario della nave, ed Harmirmysius, il quale prende dal primo in affitto il battello pel periodo di 60 anni e per la corrisposta complessiva di un talento e 2000 dramme (pari ad 8000 dramme) e paga all'atto per mezzo della banca di Anoubion il talento, riservandosi di sborsare le residuali 2000 dramme appena sarà giunto a Panopolite (ch'è il luogo d'origine di Pbecis) ed avrà ricevuto il ναυπηγικόν (i documenti che si riferiscono alla costruzione della nave?)⁵⁾ e tutte le altre sicurtà, perchè la nave e i suoi diritti possano passare ad Harmirmysius. Per queste duemila dramme residuali le parti si scambiano un atto d'obbligo, e intanto Harmirmysius riceve subito in consegna la nave ch'è ancorata nel porto di Antinoopolis, convenendosi ch'egli abbia d'ora innanzi e per sempre (!) la facoltà d'usarne disporne goderne e così via, senza che il locatore o i suoi eredi possano giammai impugnare l'atto o muover contesa circa i diritti trasferiti ad Harmirmysius e ai suoi eredi, in nessun caso e per nessun motivo. Che se alcuno lo faccia o non presti la dovuta garanzia, è convenuto fin d'ora che la impugnativa rimanga senza valore e l'inadempiente incorra la pena di pagare all'affittuario e ai suoi aventi causa il doppio della mercede e per soprappiù le spese e i danni, ferma rimanendo e pie-

¹⁾ Data la vicinanza alla parola che precede potrebbe anche pensarsi ad una bilancia (?).

²⁾ Piuttosto che un vestito, credo si debba supporre qui designata una tenda, un velamen, da distender sulla nave o per garantire le merci caricate, o per difendere gli uomini dell'equipaggio dal sole e dalla pioggia.

³⁾ La congettura circa il significato di queste parole è degli editori inglesi, p. 164 n. 11. Cfr. TORR, p. 40 n. 4.

⁴⁾ Così mi par che sia da intendere ὀβελίσκος, cioè a dire il foro del battello necessario per lasciar scorrere fuori l'acqua riversatavi dalla pioggia o dalle ondate (SOPHOCLES, *Greek lexicon* s. h. v.). Ma non è escluso che possa designare una punta, un'asta, una prominenzia acuta della nave.

⁵⁾ Forse si tratta di un documento che doveva provare essere il possessor della nave in regola di fronte al costruttore, quindi una quietanza o una fattura quietanzata. Non so se si possa pensare a ναυπήγιον, cioè al cantiere di costruzione, alla cala, ad un posto della cala, tettoia od altro, ove si traesse in secco la nave per metterla al riparo nel tempo di non navigazione (cfr. LÜBECK, op. cit. I, p. 2).

namente efficace la *μισθωπρασία*. Seguono le sottoscrizioni delle parti che, come al solito, brevemente riassumono il tenore dell'atto: e quindi la firma dello scrivano Sarapione, che sebbene attesti d'aver sottoscritto per una sola, pare, dalla identità della scrittura, che ciò abbia fatto per ambedue.

La costanza con cui i contraenti parlano di *locazione* (*μισθω-κέναι*, *μισθώωκα*, *μισθώωμαι*), di *conduttore* (*μισθωμένος*), di *mercede* (*φόρου τοῦ συμφεφωνημένου*, *φόρων*) non lascia dubbi circa la intenzione di essi di voler dare all'atto la veste di una locazione. Ma è tale del pari la loro volontà sostanziale? Tutto il contenuto dell'atto vi contraddice apertamente; perchè, a prescindere dalla già rilevata incongruenza logica d'una locazione protratta per un tempo così insolitamente lungo¹⁾ da rendere impossibile o quasi la restituzione al termine di esso, stanno a dimostrarla una vera e propria vendita:

a) La convenzione di un unico prezzo complessivo, non calcolato nè per anni nè per altri periodi²⁾, e pagato integralmente

¹⁾ Nessuna delle numerosissime locazioni conservate nei papiri presenta un termine che anche per poco si avvicini a quello qui stipulato. La durata normale dell'affitto dei terreni era di uno o di tre anni, talvolta per più, raramente giungeva fino ai sei anni (GENTILI, *Degli antichi contratti d'affitto* in « Studi it. di fil. class. » XIII p. 291; COSTA, *Le locazioni dei fondi nei pap. greco-egizi* in « Bull. dell'Ist. di dir. rom. » XIV, pp. 54-55). Per i fondi urbani (case da abitazione, granai, frantoi da olio e così via) il termine era molto più variabile, ma pur sempre brevissimo (cfr. ad es. P. Fay. 95, 96; P. Oxy. II, 278; P. Ahm. 93; P. Lips. 16, 17, ecc.).

Senza termine prefissato, e quindi con la scadenza affidata del tutto all'arbitrio del locatore (*ἐφ' ὅσον χρόνον βούλει*) furon per solito le locazioni dei terreni nel periodo bizantino (GENTILI, op. cit. pp. 278, 291; COSTA, op. cit. p. 56). Nè nei testi romani ho trovato un sol caso di affitto a lunghissima scadenza. Com'è noto, il termine soleva essere di cinque anni pei fondi rustici (l. 9 § 1; 13 § 11; 24 § 2. 4 D. 19. 2; l. 89 D. 45. 1); di altrettanti, secondo alcuni, o di un anno solo, o addirittura senza termine secondo altri, per i fondi urbani (cfr. ESMEIN, *Les baux de cinq ans du dr. rom.* in « Mélanges d'hist. du dr. » p. 229 sgg.; GIRARD, *Manuel de dr. rom.* p. 560 n. 3; FERRINI, *Pand.* p. 701 n. 5; BERTOLINI, *Appunti didattici*, p. 642 n. 3 ecc.). Giammai un affitto nè di immobili nè di mobili ha la durata di più decenni.

²⁾ E invece costante nelle locazioni la determinazione della corrisposta per periodi unitari di tempo (anno, semestre, ecc.). Così, nei papiri, per le locazioni di fondi rustici la mercede è fissata in annualità (*φόρου κατ' ἔτος*, *ἐκφορίου κατ' ἔτος ἕκαστον*; cfr. GENTILI, op. cit. p. 388 sgg.). E nel diritto romano era del pari l'annualità pei fondi rustici (l. 7 § 8 D. 24. 4), la semestralità per gli urbani (l. 1 § 4 D. 43. 39). Cfr. VAN WETTER, *Obligations*, II, p. 400.

(meno le 2000 dramme di cui il disborso deve però seguir poco appresso all'atto della stipulazione), senza il più piccolo accenno che si tratti di pagamento anticipato delle mercedi; cosicchè più che di mercede quella somma ha manifesto carattere di prezzo di vendita. Le 8000 dramme rappresentano indubbiamente il capitale¹⁾.

b) Le illimitate facoltà di disposizione accordate al conduttore, inconcepibili in un semplice affitto. Il concedente infatti vuol trasferita nell'altra parte la potestà di usare e fruire della nave (κρατεῖν), di tenerla come proprietario (κυριεύειν) ora ed in perpetuo (ἀπὸ τοῦ νῦν εἰς τὸν αἰ χρόνον), di averne l'amministrazione (διοικεῖν), di disporne (ἐπιτελεῖν) come meglio a lui piaccia e senza alcuna limitazione (ὡς ἂν αἰρῶνται τρόπον ἀνεμποδίστως), di affittarla (μεταμισθοῦν), di equipag-

¹⁾ Sebbene dai papiri non sia possibile trarre elementi sicuri per la determinazione del prezzo delle navi - mentre, come è noto, criteri molteplici si hanno per determinar quello dei terreni da cultura, delle aree fabbricabili, delle case, e soprattutto degli animali (camelli ecc.) e delle derrate, cfr per l'età tolemaica l'ottimo contributo di SALLUZZI, *Sui prezzi in Egitto nell'età tolemaica* in « Riv. di st. antica », p. 9 sgg. - tuttavia non mancano indizi circa il valor delle navi; ed essi son tali da persuadere della congruenza del prezzo di 8000 dramme. Il prezzo di un legno da remo era calcolato al tempo di Demostene in tre dramme; due timoni di una trireme par che costassero 25 dramme; l'albero maestro di una trireme 37 dramme, le due antenne maggiori forse 23 dramme; e più d'un talento costava l'armamento e l'attrezzatura completa d'una nave a quattro ordini di rematori, 4100 dramme quello d'una trireme (cfr. BOECKH, *Staatshaushaltung der Athener* III, p. 139 sgg.; LÜBECK, op. cit. I, p. 38). La spesa per una nave da trasporto di cavalli (ἵππηγός) è al tempo di Demostene calcolata in 5500 dramme ed era superiore a quella per una trireme, che importava solo 5000 dramme (cfr. BOECKH, *Urkunden über das Seewesen des attischen Staates* p. 226; LÜBECK, op. cit. I, p. 25, 38; ASSMANN, *Seewesen* in BAUMEISTER, *Denkmäler d. Klass. Altert.* III, p. 1625). Circa 10 talenti furono pagate dieci navi a 50 rematori completamente equipaggiate al tempo di Tolomeo Epifane (cfr. LUMBRUSO, *Recherches sur l'écon. polit.* p. 25 n. 2), il che dà un talento per ogni nave. Questi ed altri dati dimostrano che il valore di una nave si aggirava intorno al talento; e ciò corrisponde abbastanza alla somma che vien pagata da Harmirmysius (un talento e 2000 dramme) e che perciò non può essere che il prezzo. - Circa la diversità di valore tra le navi marittime e le fluviali mancano elementi sicuri: certo queste dovevan costar meno di quelle, com'è naturale; ed una prova se ne ha, ad esempio, nell'edictum de pretiis rerum venalium in cui Diocleziano fissava con un tasso più alto la mercede dei *fabri navales* marittimi di fronte a quella dei fluviali; 7, 13, *nauego in nabi maritima ut supra diurni (denarios) sexaginta*; 7, 14, *in nabi amnica ut supra diurni (denarios) quinquaginta*. Cfr. MOMMSEN, *Der Maximianus des Diocletian* e il commento del BLÜMNER, a p. 108. - Altri accenni, che pur possono indirettamente giovare a stabilire il criterio del prezzo, vedansi nel documento citato più oltre (pag. 64 n. 1).

giarla (ναυτολογεῖν), di farne propri tutti i proventi (ἐκλέγεσθαι τὰ ἐξ αὐτοῦ περιγινόμενα πάντα), e persino di trasformarla (ματαρρυσμίζειν) ¹⁾. Son questi i poteri che sogliono conferirsi ad un affittuario? Basta scorrere uno soltanto dei molti contratti di vendita per accorgersi che queste son le clausole proprie di una alienazione.

c) La garanzia che il locatore presta al conduttore e ai suoi eredi (τῆς βεβαιώσεως διὰ παντός πρὸς πᾶσαν βεβαιώσιν ἐξακολουθούσης τῇ Πβήκει καὶ τοῖς παρ' αὐτοῦ οὓς καὶ μὴ ἐπελεύσεσθαι κ. τ. λ.). Giammai nelle locazioni si trova fatto cenno d'una siffatta clausola, nella quale dovesse per conseguenza ravvisare la prestazione della garanzia evizionale. Conferma sicura di ciò è la convenzione con cui il locatore s'impegna a pagare il doppio della somma ricevuta: perocchè essa non è altro che applicazione della *stipulatio duplae*, quale si riscontra sovente nei contratti greco-egizi di vendita ²⁾.

d) E da ultimo l'assenza di ogni convenzione circa la restituzione dell'oggetto allo spirare della locazione.

In verità nè quest'ultima circostanza nè la prima hanno valore assoluto. La clausola relativa alla restituzione non è molto frequente nelle stesse locazioni, e non soltanto in quelle finiture ad arbitrio del locatore (ἐπὶ χρόνον ὅσον βούλει), ma altresì in quelle che hanno una scadenza prestabilita (εἰς ἔτη . . . ἀπὸ τοῦ ἐνεστώτος ἔτους) ³⁾. E d'altro canto, per quanto riflette la mercede, è pur vero ch'essa eccezionalmente può essere fissata in modo globale, per *aversionem*, ossia per una somma unica corrispondente all'intero periodo dell'affitto. Ciò mi richiama alla mente, tra i molti testi romani in cui è ricordo di locazione di navi ⁴⁾, un frammento d'Ulpiano, che a prima vista par proprio una definizione della condizione giuridica di Harmiryms

¹⁾ Il contratto aggiunge ancora un'altra facoltà, λύειν; ma è molto incerto qual sia il preciso significato della parola. Intenderla nel senso di 'liberar la nave dall'ancora' 'salpare' sarebbe la cosa più naturale, se non precedessero altre facoltà che necessariamente comprendono anche quella.

²⁾ Cfr. il mio articolo *I papiri greci e la stipulatio duplae* in «Bull. dell'Ist. di dir. rom.», XIV, p. 108 sgg.

³⁾ La clausola, quando ricorre, è del tenore: καὶ μετὰ τὸν χρόνον παραδώσω e simili; cfr. GENTILI, op. cit., p. 352-353.

⁴⁾ Cfr. ad es. i fr. 3 § 1 D. 4, 9; 2 pr. D. 14, 2; 10 § 1, 2 D. eod.; 61 § 1 D. 19, 2; 1 § 1 D. 19, 5, ed altri in cui si parla di affitto di tutta la nave, sebbene la maggior parte trattino di affitto per un determinato trasporto di merci o per un determinato viaggio.

(l. 1 § 15 D. 14, 1): «Exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et redditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum»¹⁾. L'*aversio* denota per solito, nei testi romani, la locazione in blocco di più cose o di più opere per una mercede unica o d'un *opus* senza tener conto separato della materia e della mano d'opera²⁾. Ma è *per aversionem* anche quando la mercede è determinata in una somma unica rispetto ai periodi dell'affitto, quando cioè non vi hanno più mercedi a periodi, ma una sola complessiva stabilita globalmente per tutto il tempo della locazione. Un esempio per gli edifici ne offre la l. 35 pr. D. 19, 2: 'Si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit'; un altro per le navi è dato appunto dalla cit. l. 1 § 15, ove l'*aversio* ha significato diverso da quello che ha ad es. nella l. 10 § 2 D. 14, 2³⁾. Vi s'adatterebbe anche l'accento alla durata della locazione, *ad tempus*, cioè per un termine prestabilito⁴⁾.

Senonchè, di fronte a tutte le altre circostanze, questi sono più che dei semplici indizi: se non è strana la determinazione in complesso delle mercedi, sarebbe addirittura inammissibile che tutte le mercedi di 60 anni si fossero anticipatamente soddisfatte⁵⁾.

¹⁾ Risulta ancor più il ravvicinamento se si legge la redazione greca del fr., Bas. 53, l. 2: 'Ναύκληρός ἐστὶ, πρὸς ὃν ἐνήκει ὁ πόρος τοῦ πλοίου καὶ τὰ συμβαίνοντα, εἴτε ὁ δεσπότης ἐστὶν, εἴτε παρὰ δεσπότη τοῦ πλοίου ἐμισθώσαστο ἐν ἑκάστῳ'.

²⁾ Cfr. ad es. l. 30 § 3; 36; 51 § 1; 53 pr. D. 19, 2; e per la locazione d'una nave non in ragione del carico, ma in blocco e per la portata ch'essa ha la l. 10 § 2 D. 14, 2: 'immo si aversione navis conducta est, pro duobus milibus debetur merces: si pro numero impositarum amphorarum merces constituta est, contra se habet: nam pro tot amphoris pretium debes, quot portasti'. — Per la vendita fatta *aversione* vedi l. 62 § 2 D. 18, 1; l. 4 § 1, 2 D. 18, 6 e cfr. anche l. 35 § 5 sgg. D. 18, 1; l. 1 § 1 D. 18, 6; l. 36 D. 21, 1; l. 2 C. 4, 48.

³⁾ V. ORTO, *Thes.* (Basileae 1744), IV, p. 1513; CUIACIO, *Op. omnia* (Neapoli 1758), IX, p. 304; VAN WETTER, *Obligations*, II, p. 399, n. 27; cfr. anche CUIACIO, III, p. 204 VIII, p. 1069-1070; GLÜCK, *Pand.* XIV, § 877, p. 186, n. 83.

⁴⁾ Il contrapposto *vel in perpetuum* si ha invece quando non è fissato alcun termine, come risulta dalla l. 10 C. 4, 65, donde scaturisce la distinzione tra *conductio perpetua* (senza termine) e *conductio temporalis* (con termine prefissato); cfr. MAYNZ, *Cours de dr. rom.* II, p. 243 n. 2; CUG, *Inst. jur.* II, p. 429 n. 3. In un altro senso *locare* o *conducere in perpetuum* si dice dell'enfiteusi e degli agri vectigales, cfr. l. 1. 3 D. 6, 3; 11 § 1 D. 39, 4; § 2, 3 I. 3, 24; GAL. III, 145; HYGINUS, p. 116 ecc. e sui *conductores perpetuarii*. l. 3 C. 11, 70.

⁵⁾ Anche qui, per gli affitti dei terreni i papiri ci danno come norma generale il pagamento posticipato (GENTILI, op. cit. pp. 306 sgg.). E quanto alle fonti

Ora, quale potè essere il motivo che indusse le parti a porre in vita una convenzione così singolare?

La spiegazione si deve indubbiamente ricercare nella storia dei *navicularii* e dei loro rapporti di diritto pubblico e privato, che diedero luogo nell'impero e soprattutto nel III e nel IV secolo ad una ricca e complessa legislazione speciale¹⁾.

Com'è noto, in origine, l'esercizio del commercio navale non fu considerato un vero e proprio *munus publicum*; ma a cagione dei servigi che i proprietari delle navi o coloro che ne avevan l'industria rendevano allo Stato col trasporto del grano e di altri generi alimentari e di consumo a Roma, concessioni di speciali privilegi ed immunità furon fatte a favore dei *navicularii* e dei *collegia naviculariorum*; e furono privilegi più o meno larghi e diversi secondo la regione in cui avevan sede e secondo gli speciali servigi che da essi si prestavano²⁾, privilegi che s'andarono man mano accrescendo e moltiplicando a misura che si accentuava la necessità per lo Stato di ricorrere all'opera dei navicularii pei bisogni sempre crescenti di Roma.

Le primitive concessioni da parte di Claudio dell'*ius Quiritium* ai Latini proprietari o costruttori di navi della capacità di diecimila modii che avessero portato per sei anni almeno frumento a Roma (Gai. I, 32 c.; Ulp. Fragm. III, 6), della esenzione dalla legge *Papia Poppaea* e del *ius trium liberorum* alle donne (Suet., Claud., 18, 19), della *immunitas* dai *munera publica* dichiarata da Adriano a favore dei possessori di navi che servivano all'annona (l. 6 [5] § 3, 4 D. 50, 6; l. 3 D. 50, 5) furono riconfermate ed accresciute dagli imperatori successivi ed estese poi a tutti i navicularii ed ai collegi delle provincie (l. 1 pr. D. 3, 4).

Il massimo sviluppo di codesto sistema delle immunità s'ebbe

romane, i casi di anticipato disborso non offrono mai, per la brevità normale del termine, alcun punto di raffronto col caso straordinario del nostro documento; cfr. ad es. la l. 19 § 6 D. 19. 2 ov'è anticipata la mercede di un anno per una abitazione.

¹⁾ WALTZING, *Etud. hist. sur les corporations professionnelles chez les Rom.* II, p. 29-58, 255, 328, 397-402 e passim; BESNIER nel *Dict.* di Daremberg e Saglio v. *Navicularius*, p. 20-24; PIGEONNEAU, *De coactione urbanae annonae et de publicis naviculariorum corporibus*; *L'annone romaine et les corps des naviculaires particul. en Afrique* in « Rev. de l'Afr. fr. » p. 220-237; cfr. anche GLÜCK, *Pand.* XXXI, § 1355 n. pp. 467-476, il commentario di Gotofredo ai tit. 13, 5, 6 del Teodosiano e gli altri autori citati dal Waltzing.

²⁾ WALTZING, op. cit. II, p. 41.

nella legislazione imperiale da Costantino a Teodosio ed Onorio ed è parallelo ad una profonda modificazione che si viene attuando nei rapporti tra lo Stato e gli esercenti l'industria navale. L'esercizio del commercio navale viene poco a poco a considerarsi come un vero e proprio *munus publicum* pei servigi che ora lo Stato esige pel trasporto e non più a Roma soltanto, ma anche a Costantinopoli. Occorre quindi non soltanto remunerare questi servigi, ma rendere anche possibile la prestazione di essi esonerando i *navicularii* da quegli uffici, che altrimenti impedirebbero loro di allontanarsi dalla città; l'esser lontano pel commercio navale vien quindi considerato come assenza *rei publicae causa*: '*nam remuneranda pericula eorum, quin etiam exhortanda praemiis merito placuit, ut qui peregre muneribus et quidem publicis cum periculo et labore fungantur, a domesticis vexationibus et sumptibus liberentur: cum non sit alienum dicere etiam hos rei publicae causa, dum annonae urbis serviunt, abesse*' (l. 6 [5] § 3 D. 50, 6). Sorge così il *munus naviculare*, che si afferma soprattutto nel iv secolo e pone i *navicularii* e i loro collegia in una condizione di dipendenza dallo Stato. I collegia non sono più semplicemente autorizzati o riconosciuti dal governo, ma posti sotto la sua diretta ed immediata sorveglianza, e da esso disciplinati e regolati; e i privilegi e le immunità s'accrescono e si estendono corrispondentemente alla aumentata soggezione dei *navicularii* ai poteri dello Stato, fino al punto ch'essi divengono con l'andar del tempo dei veri funzionari pubblici e i collegi quasi organi dell'amministrazione annonaria. La concessione universale delle immunità disposta da Costantino nel 326 (5 C. Th. 13, 5): '*Navicularios omnes per orbem terrarum per omne aevum ab omnis oneribus et muneribus, cuiuscumque fuerint loci vel dignitatis, securos vacuos immunesque esse praecipimus, sive decuriones sint sive plebei seu potioris alterius dignitatis, ut a conlationibus et omnibus oblationibus liberati integris patrimoniis navicularium munus exerceant*', riconfermata nel 386 dagli imperatori Graziano Valentiniano e Teodosio (17 C. Th. *eod.*), fu seguita da ulteriori privilegi (7 C. Th. *eod.*, a. 334), come la excusatio dalla tutela (c. 7 cit.; c. 24 C. I. 5, 62, a. 400), che per l'innanzi Traiano aveva dichiarato non compresa tra i privilegi (l. 17 § 6 D. 27, 1), il privilegio del foro (c. 7 cit.), il conferimento della dignità equestre per opera di Costantino e di

Giuliano confermato dagli imperatori Valentiniano Valente e Graziano (16 C. Th. 13, 5, a. 380), la esenzione dal vectigal (23, 24 C. Th. *eod.*, a. 393-395), la precedenza del *corpus naviculariorum* al fisco nelle successioni vacanti dei membri del corpus (1 C. I. 6, 62, a. 326) e così via (cfr. ancora 8, 9, 10, 29, 30, 31, 36 C. Th. 3, 15, ecc.).

Ma corrispondentemente ad un tal trattamento di favore (tra tutti i collegia, quelli che furon più favoriti sono appunto i naviculari)¹⁾ si riscontra in questo periodo un aggravamento del *munus navale*, che s'impone sempre più rigorosamente agli esercenti l'industria e importa una considerevole minorazione della loro libertà personale e della libera disponibilità del loro patrimonio. È questo il punto che distingue nettamente il periodo precedente da quello della legislazione del IV e V secolo; chè, mentre prima non è ancora avvenuto o non è almeno generale il riconoscimento del *munus* e ogni proprietario o esercitor di navi può liberamente trattare con lo Stato per il trasporto delle derrate e gode dei privilegi concessi dalle costituzioni, ora l'industria libera è ormai asservita allo Stato, i collegia sono divenuti delle corporazioni obbligatorie e la funzione un onere cui non è più lecito sottrarsi²⁾. Così avviene che nessuno può liberarsi del *munus* (3 C. Th. 13, 5, a. 319; l. 18 § 29 D. 50, 4), il quale è divenuto ereditario (19 C. Th. 13, 5, a. 390) e non solo nella famiglia, ma anche fuori di essa, di guisa che v'è soggetto chiunque succeda nei beni d'un *navicularius* deceduto senza prole; che gli originari *levamentarii* debbono anch'essi seguire la condizione del padre e son legati alla nave e al luogo in cui servono (c. 1 *eod.*, a. 314); che hanno il lor foro nel luogo in cui sono iscritti, nè è loro consentito d'impetrarne la *translatio* (c. 12 *eod.*, a. 369); che son soggetti a prestazioni (c. 15 *eod.*, a. 379), nè son sottratti al *munus* gli Ebrei e i Samaritani purchè non indigenti (c. 18 *eod.*, a. 390); che la proprietà stessa vi è sottoposta (c. 3 *eod.*, a. 319; c. 20 *eod.*, a. 392; c. 35 *eod.*, a. 412) ed è legata al corpus cui è iscritto il proprietario, cosicchè limitazioni molteplici si introducono alla libera disponibilità dei *praedia naviculariorum*, vietandosi le alienazioni fatte allo scopo di sottrarsi al *munus* (1 C. Th. 13, 6, a. 326) e conferendosi al corpus il

¹⁾ WALTZING, op. cit. II, pp. 397 sgg.

²⁾ Cfr. WALTZING, op. cit. II, pp. 43-53; BESNIER, art. cit. p. 23; PIGEONNEAU, *L'annone romaine*, p. 227.

diritto di reclamare i beni alienati (2 C. Th. 13. 6, a. 365) o sottoponendo gli acquirenti allo stesso *munus navale* (c. 4 *eod.*, a. 367; c. 6, a. 372; c. 7, a. 375; c. 8, a. 399), e emanando speciali provvedimenti in ordine alla prescrizione (c. 5, a. 367; c. 9, a. 417; c. 10, a. 423). Le navi debbono essere costruite di una determinata capacità e portata, per modo da poter servire al trasporto delle derrate (28 C. Th. 13. 5, a. 399; Nov. Valent. 29, a. 450); e molte altre disposizioni sono pubblicate, tendenti a restaurare i collegia che pare si riducessero talvolta a pochissimi membri per la gravosità del munus, vietandosi la facoltà di recepire dal corpus (c. 11, a. 365; 14, a. 371; 22, a. 393; 27, a. 397, C. Th. 13. 5).

In questa serie di provvedimenti più d'uno ve n'ha, a prescindere da quelli di efficacia universale (ad es. 5 C. Th. 13. 5 già cit.; 22 *eod.* relativo alle provincie, con cui si dispongono censimenti generali dei navicularii, dei loro beni, ecc.), che si riferisce direttamente ai *navicularii* dell'Egitto. Con la c. 14 C. Th. 13. 5 dell'a. 371 gl'imperatori Valentiniano, Valente e Graziano ordinano che sia indicato il numero dei *navicularii* 'qui praesenti possit indictione conpleri tam intra Orientem, quam intra Aegyptiacas partes', e concedono immunità, estendendo agli Egiziani i 'privilegia Africana'; di un *Alexandrinus stolus*, di una *classis Alexandrina* è frequente il ricordo nelle fonti giuridiche e storiche (cf. c. 7 e 32 h. t.); agli Ebrei e ai Samaritani d'Egitto si riferisce la c. 18 h. t.; agli Egiziani in genere la c. 1 C. Th. 13. 7 e vari altri provvedimenti imperiali. Non meno che nelle altre provincie, si disciplina nell'Egitto la funzione loro, si istituiscono e si regolano i collegia. Pare anzi che quivi i corpi di navicularii fossero esistenti e riconosciuti anche prima che altrove e che fin dal tempo dei Tolomei la *functio navicularia* vi fosse riconosciuta come *munus publicum* e ad essa fossero assoggettati i navicularii costituiti in corporazioni¹⁾. Che se su ciò son possibili dei dubbi²⁾, certo è tuttavia che ben per tempo tali collegi vi sorsero e furono sottoposti al *munus*. Aureliano, tra il 270 e il 275, avrebbe, secondo quanto egli afferma, istituito dei *navicularii Niliaci*³⁾; ma più che

¹⁾ PIGEONNEAU, *L'annone romaine*, pp. 225, 235; *De Convectione*, p. 49 sgg.

²⁾ WALTZING, op. cit. II, pp. 51-52.

³⁾ VOPISCUS, *Vita Aurel.* 47: '... navicularios Niliacos apud Aegyptum novos et Romae amicos posui'.

probabile, è certo ch'egli non fece che accrescere il numero di quelli che già da lungo vi esistevano¹⁾.

Nè fu sostanziale la differenza tra i navicularii dediti alla navigazione del mare (*navicularii marini*)²⁾ e i battellieri dei fiumi (*naulae, navicularii amnici*)³⁾, cui son da aggiungere quelli dei laghi. I rapporti in cui questi si trovarono con lo Stato furono simili a quelli dei primi⁴⁾. Una costituzione di Valentiniano e Valente (a. 364) *de nautis Tiberinis* imponeva ai proprietari di navi sul Tevere di sottostare al *munus*, cui per nessun privilegio o dignità era consentito sottrarsi⁵⁾; dei *navicularii amnici* si occupa esclusivamente la Novella di Valentiniano (a. 450)⁶⁾ che mira a restaurare il

¹⁾ Cfr. WALTZING, op. cit. II, p. 34. — Un accenno ai naviculari del Nilo erasi creduto di trovare dall'HOGARTH, *Petrie Coptos*, p. 27, nell'iscrizione di Koptos dell'epoca di Domiziano (mus. Cairo n. 9263; cfr. WILCKEN, *Gr. Ostraka*, I, pp. 347, 572; DITTENBERGER, *Orientis graeci inscriptiones selectae, Suppl. Syll.* II, p. 413 n. 674), contenente l'elenco di vari vestigia (*portoria*) dovuti pei trasporti da Koptos al mar Rosso e viceversa: alla l. 13 egli aveva letto [Νεῖλι]ακοῦ δραχμας πέντε, ma la lettura è stata corretta dal SEYMOUR DE RICCI, *Bull. épigr. de l'Égypte rom.* (« Arch. f. Papf », II, p. 437 n. 37), nell'altra φυλ[ά]κου, accettata anche dal Dittenberger op. cit. p. 416 n. 11. Un altro accenno vi sarebbe invece secondo lo stesso de Ricci alle l. 10-11, ov'egli supplisce [Νεῖλου δραχμας ἕξ]; ma il supplemento è respinto dal Dittenberger, op. cit. p. 416 n. 9, secondo il quale il testo non si riferisce punto alle navi del Nilo. Certo è però che nello stesso documento tra i portoria son menzionati uno di 5 dramme pei nautae (l. 14: [να]ύτου δραχμας πέντε) ed uno pur di 5 dramme per gli artefici che provvedono alla riparazione delle navi (l. 15: [ἑ]ρατειοῦ ναυπηγοῦ δραχμας πέντε), e che tra costoro possono bene essere compresi i battellieri del Nilo.

Nello stesso documento è prescritta un'imposta di 20 dramme pel trasporto dell'albero di una nave e di 4 dramme per un'antenna (l. 29-30: ἰστοῦ δραχμας εἴκοσι, κέρατος δραχμας τέσσαρες); ma non potendosi trattare che di trasporti da Koptos al mare, secondo ciò che avverte il Dittenberger, op. cit. p. 418 n. 26, queste devono essere forniture per navi marittime, non viceversa di forniture destinate alla navigazione del Nilo.

²⁾ V. su questi in genere WALTZING, op. cit. II, pp. 34-53 e per l'Egitto, p. 37 n. 4.

³⁾ V. sui *navicularii amnici* di Roma e di altre regioni WALTZING, op. cit. II, pp. 29-34; LIEBENAM, *Zur Gesch. und Organis. des röm. Vereinswesens*, pp. 81-89.

⁴⁾ WALTZING, op. cit. II, p. 72.

⁵⁾ I C. Th. 14. 21 = I C. J. 11. 27: 'Qui navem Tiberinam habere fuerit ostensus, onus rei publicae necessarium agnoscat. Quaecumque igitur navigia in alveo Tiberis inveniuntur, competentibus et solitis obsequiis mancipientur, ita ut nullius dignitas aut privilegium ab hoc officio vindicetur'.

⁶⁾ Nov. Valent. III, 29: 'Publicis commodis et sacratissimae urbis utilitatibus amica suggestio.... admonuit, ut naviculariorum corpori per tot detrimenta

corpus indebolitosi per le diserzioni, imponendo il richiamo dei disertori e disponendo la successione del corpus nei beni del corporatus morto senza eredi, come prima erasi stabilito pei navicularii marini (1 C. I. 6. 62; 2 C. Th. 13. 6), e fissa la misura minima della portata delle navi e impone ai privati proprietari di prestare una corsa all'anno o pagare due solidi se la nave è di capacità inferiore alla legale. E i privilegi e le immunità si accordano ad essi (e senza alcun dubbio anche a quelli del Nilo, donde dovevan farsi i trasporti per l'annona romana), sebbene i testi parlino il più spesso delle navi e dei navicularii del mare¹⁾.

Ora, la spiegazione che per prima s'affaccia alla mente di fronte alla singolare convenzione del nostro papiro è quella che vien suggerita da due costituzioni del Teodosiano, di cui la prima è diretta precisamente agli Egiziani.

Le navi dei privati potevano anch'esse esser sottoposte all'onere del trasporto delle annone, quando non fosser sufficienti quelle dei collegia naviculariorum o comunque ne sorgesse il bisogno per qualche straordinaria necessità. Ma poichè l'onere era gravoso, molto spesso i privati trovavan modo di sfuggire al *munus*, e ciò era facile ottenere ponendo le navi sotto la protezione dei *potentiores*. Questa pratica dovè essere in uso un po' dappertutto, ma più largamente in Egitto, se per esso furon provocati per la prima volta provvedimenti imperiali che la colpivano siccome fatta in frode alle leggi. Un uso simile si aveva pei fondi e per le case, alle quali soleva apporsi il nome di una persona *potentior* per sottrarsi, se convenuti, al giudizio o comunque vincere la lite (1 C. Th. 2. 14); e il Gotofredo (ad c. 2 C. Th. 13. 7) crede che analogamente si operasse per le navi, inserendo sulla prora il nome o il titolo del *potentior*. Certo non

lassato remedia praestaremus: quorum privilegiis sufficere constituta vetera potuerunt... navicularios, qui munus proprium defugerunt, ad corpus suum cum agnatione et pecuniis reducendos... eorum, qui sineheredibus obierunt, substantiam quolibet alienatam titulo ab his vindicari, qui memoratae serviunt functioni'.

¹⁾ Gai. I, 32c: 'Si *navem marinam* aedificaverint'; 1. 6[5] § 5 D. 50. 6: 'Divus Hadrianus rescripsit immunitatem *navium maritimarum* dumtaxat habere, qui *annonae urbis* serviunt'; 1. 3 D. 50. 5: 'qui *nares marinas* fabricaverunt'. Cfr. sebbene a tutt'altro effetto siavi fatta la parificazione, 1. 1 § 6 D. 14. 1: 'Navem acc pere debemus sive *marinam* sive *fluviatilem* sive in aliquo stagno naviget'.

dovè esser questo il solo modo per porre la nave sotto la tutela di un potente: atti fittizi di alienazione o cessioni temporanee doverò anche compiersi, per raggiungere più efficacemente l'intento. A render yane simili frodi una costituzione dell'a. 399 punì con la multa di 20 libbre d'oro i potentes che consentendo avessero cooperato al tentativo fraudolento, con la confisca delle navi i proprietari.

1 C. Th. 13. 7. *Impp. Arcadius et Honorius Eutychiano p. p.*

Cunctis per Aegyptum intimetur viginti librarum auri multae esse subdendos eos, qui naves suo nomine vel defensione a transvectionibus publicis excusare temptaverint, publica iactura navium quoque dominis feriendis, qui neglectis necessitatibus publicis potiorum voluerunt patrociniis excusari.

Ed una seconda costituzione dell'a. 406 confermava la precedente:

2 C. Th. *eod.* [= 1 C. I. 11. 4. *Idem Longiniano p. p.*

Multi naves suas diversorum nominibus et titulis tuentur. Cui fraudi obviantes praecipimus, ut, si quis ad evitacionem publicae necessitatis titulum crediderit adponendum, sciat navem esse fisco sociandam. Nam ut privatos quoque non prohibemus habere navigia, ita fraudi locum esse non sinimus, cum omnes in commune, si necessitas exegerit, conveniat utilitatibus publicis oboedire et subvectionem sine dignitatis privilegio celebrare (*fin. Iust.*). Nisi igitur intra triginta dies haec fraus fuerit remota, universa navigia, quae ad exceptiones confugiunt, dominis auferantur.

Nè pare che le frodi fossero tutte colpite, se dopo poco più d'un trentennio (a. 439) gl' imperatori Teodosio e Valentiniano sentirono la necessità di emanare una nuova disposizione proibitiva, che abbracciò con forma più generale ogni specie di frode e vietò di far ricorso a qualunque dignità pubblica o ecclesiastica, togliendo forza persino alle eventuali concessioni imperiali, siccome contrarie alla pubblica utilità. Ciò che v' ha di notevole in questa costituzione è ch'essa colpisce qualsiasi negozio giuridico che tenda a sottrarre al munus le navi e quindi evidentemente anche quei negozi fittizi o simulati, con cui i proprietari delle navi tentavano di liberarsi dal *munus*:

Nov Theod. 8 [= 2 C. I. 11. 4 e 10 C. I. 1. 2]. *Impp. Theodosius et Valentinianus Florentio p. p.*

Semina ferendi leges fragilitas humani generis subministrat, repetitio vero legum.... admoneri tamen per legis repetitionem delinquentes volumus quam poenas exigi delictorum. Ideo calcatam legem, quae de navigiis non excusandis olim fuerat promulgata, suggestione tuae sublimitatis edocti humanis sensibus saluberrima repetere scita compellimur ac iubemus, nullam navem ultra duorum milium modiorum capacitatem ante felicem embolam vel publicarum specierum transvectionem aut privilegio dignitatis aut religionis intuitu aut praerogativa personae publicis utilitatibus excusari posse subtractam... Quod etiam in omnibus causis cupimus observari, *ut generaliter, si quid huiusmodi contra ius contrave utilitatem publicam in quolibet negotio proferatur, non valeat...*

Se tra le frodi che queste costituzioni reprimono e il nostro documento v'è un nesso, potrebbe essere non infondata la congettura che la *μισθοπραξία* di Pbecis sia un atto fittizio, compiuto dal proprietario della nave per sottrarsi al *munus*. L'affitto o vendita ad Harmiryminus non avrebbe avuto altro scopo che quello di porre la nave sotto il patrocinio di un *potentior*, facendola figurar siccome alienata, o quanto meno locata a lunghissima scadenza, a persona contro la quale non sarebbe stato possibile agire per la prestazione del servizio pubblico. Ben potrebbe essere stata questa una delle frodi perpetrate dagli Egiziani, contro cui era diretta la costituzione del 399.

Tuttavia la congettura non è immune da obiezioni. Non risulta innanzi tutto che Harmiryminus fosse una persona *potentior*, un magistrato investito d'imperium o comunque un funzionario pubblico munito di poteri più o meno lati. Egli non è altrimenti designato che come un qualunque privato cittadino, nè sarebbe mancato l'accenno alle cariche se qualcuna egli ne avesse coperta. In secondo luogo, l'atto non ha punto l'aria d'essere tutto fittizio. Qualche cosa di simulato v'è in esso certamente (e su ciò tornerò tra breve); ma integralmente fittizio esso non è. V'è un elemento che lo dimostra sincero, ed è l'intervento del banchiere al pagamento, perocchè per suo mezzo avviene il disborso delle prime 6000 dramme, e non è a

credere che anche questa fosse una simulazione, potendo le parti ben farne a meno dell'intervento della banca. Qual bisogno poi avevano esse di rimandare ad un momento ulteriore il pagamento delle altre 2000 dramme, che non vengono versate appunto perchè dal proprietario della nave devonsi prima del saldo fornire le debite garanzie? Le stesse clausole relative alla garanzia, accuratamente formulate e circostanziate, mostrano la preoccupazione delle parti di assicurare piena efficacia all'atto. Non si spiega da ultimo la stessa forma dell'alienazione, la *μισθωπρασία*. Una vendita, pura e semplice, avrebbe lor fatto conseguire lo scopo voluto, senza necessità di ricorrere alla figura della locazione.

Senonchè potrebbe pensarsi, che codesta necessità potè ben esservi per un qualche impedimento o divieto legale che la legislazione imperiale avesse posto alle alienazioni delle navi, in contemplazione appunto del *munus* cui esse erano soggette o permanentemente se spettanti ai navicularii di professione ed agli ascritti ai collegia naviculariorum, o transitoriamente in via straordinaria se ai privati. Accenni a limitazioni, talora gravosissime, del diritto di disposizione dei beni si hanno frequenti nella legislazione del IV secolo (cfr. i titoli *de praediis naviculariorum* nel C. Iust. [11.3], e nel Teodosiano [13.7]). Ma suffragano questi la congettura che sia stata un tempo, e soprattutto nel periodo cui appartiene il papiro, proibita ai navicularii la vendita delle navi? Tra le varie costituzioni che si riferiscono alla materia è una delle più interessanti per l'argomento la c. 7 C. Th. 13 6 [2 C I 11. 3] dell'a. 375; e ad essa ha pensato il Mitteis (*Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, XXVIII, p. 383), mostrandosi propenso a trovare in un cotai divieto la spiegazione della singolare convenzione di Pbecis:

7 pr. C. Th. 13. 6. *Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus Chiloni proc. Africae.*

In his, quae navicularii vendunt, quoniam interciperi contractum emendi vendendique fas prohibet, emptor navicularii functionem pro modo portionis comparatae subeat, res enim oneri addicta est, non persona mercantis. Neque navicularium ilico iubemus fieri eum, qui aliquid comparavit, sed eam partem quae empti est pro suo modo ac ratione esse munificam. Non enim totum patrimonium ad functionem navicularii muneris

occupandum erit, quod habuerit qui rei exiguae mercator accessit, sed illa portio, quae ab initio navicularii fuit, ad pensionem huius functionis sola tenenda est, residuo patrimonio, quod ab hoc vinculo liberum est, otioso et immuni servando.

Gl' imperatori Valentiniano, Valente e Graziano dichiarano che, poichè non è lecito proibire i contratti di vendita e togliere ai navicularii la facoltà di alienare i loro beni (di navi non si parla, ma esse son pur comprese nella disposizione, sebbene generalmente tutte le costituzioni di questo titolo parlino sempre di *praedia* o di *possessiones*), il solo rimedio da adottarsi è quello di far passare la *functio navicularia* agli acquirenti in proporzione dei beni acquistati. Furon dunque le alienazioni vietate e dichiarate nulle per lo innanzi? Un rapido sguardo alle costituzioni accolte nel titolo *de praediis navic.* spiega la portata ed i motivi di quella frase.

Una costituzione di Costantino dell'a. 326 (1 C. Th. h. t.) disponeva che le alienazioni delle proprietà fatte dai navicularii *fugiendo muneris gratia* non potessero in nessun caso mai portar pregiudizio ai collegia, perchè gli acquirenti dovevano sottostare al *munus*. Fu questa, a quanto pare, la disposizione che per prima diede carattere di realtà alla *functio navicularia*¹⁾, costituendola siccome un onere inerente ai beni e trasmissibile con essi. E su una tal via si posero gl'imperatori posteriori, che confermarono il carattere reale della *functio* (cfr. 8. 9. 10 C. Th. h. t.; 35 C. Th. 13. 5, degli imp. Arcadio e Onorio, e Onorio e Teodosio), compresi tra essi Valentiniano, Valente e Graziano.

Senonchè non immediatamente Valentiniano e Valente accolsero il concetto della realtà. Nell'a. 365 con la c. 2 ('Patrimonia naviculariorum, quae quolibet genere in extraneorum dominia demigrarunt, in corporis sui ius proprietatemque remeant') essi avevano, innovando la legislazione costantiniana, esplicitamente proibito le

¹⁾ Cfr. l. 1 pr. § 1 D. 50. 4 *Hermog. 1 ept.* Munerum civilium quaedam sunt patrimonii, alia personarum. Patrimonii sunt munera rei vehicularis, item navicularis. — Cfr. anche l. 13 § 10 D. eod. *Arcadius Charistius l. sing. de mun. civ.* Hi quoque, qui... vel curatores ad extruenda vel reficienda aedificia publica sive palatia sive navalia vel mansiones destinantur, si tamen pecuniam publicam in operis fabricam erogent, et qui faciendis vel reficiendis navibus, ubi usus exigit, praepo-nuntur, muneribus personalibus adstringuntur.

alienazioni, conferendo al corpus naviculariorum il diritto di rivendicare i beni trasferiti in proprietà di estranei. E poco appresso (c. 5, a. 367; c. 3, a. 368? 370? 373?) fu rafforzata l'azione dei collegia, togliendo valore ad ogni difesa dell'acquirente fondata sulla *praescriptio temporis*. Ma il divieto assoluto o non dovè fare buona prova o dovè sembrare eccessivamente duro e contrario alla naturale libertà di disposizione dei propri beni, chè di lì a poco gli stessi imperatori, temperando il primitivo rigore, prima limitarono il diritto concesso al collegium, riconoscendoglielo solo nel caso in cui gli acquirenti non volessero sottostare al *munus* e rendendo così facoltativa per gli acquirenti l'assunzione della *functio navicularia* (c. 4, a. 367: '*Naviculariae facultates naviculario corpori reddantur, si bona rite retinentes subire eorum onera nolint, quorum possessione fruuntur. Ceterum si sponte cognoscunt naviculariam functionem... bona ad se transmissa sine inquietudine possideant...*'; c. 6, a. 372: '*Fundi omnes ad naviculariorum dominium pertinentes et ad aliorum iura translati fisco vel re publica vel naviculario.. ad filios vel propinquos vel extraneos transferente,.. reddantur.. nisi maluerint hi, ad quos res pervenerint, onus agnoscere, cui erat ille obnoxius..*'); poi lo tolsero addirittura, fermando il principio del passaggio incondizionato del *munus* siccome onere affettante i beni (c. 7 cit. '*res enim oneri addicta est*') e trasferibile in proporzione dei beni stessi. Ed è in questo momento (c. 7, a. 375) in cui al *munus* si riconosce di nuovo il carattere di peso reale, che gl'imperatori dichiarano esser contrario al fas il vietare le alienazioni e quindi abrogano definitivamente la precedente costituzione del 365.

Da ciò risulta adunque che, salvo il breve periodo dal 365 al 375, le alienazioni non furon vietate ai navicularii; e se è esatto che soltanto con Costantino fu introdotto il principio della realtà del *munus navale*, si può ritenere che al tempo di Caracalla, cui appartiene il nostro papiro, non solo non vi fossero divieti di vendita, ma non vi fosse neppur trasferimento del *munus* nel compratore. Non può quindi in un divieto legale della vendita trovarsi il motivo, che avrebbe indotto Pbecis a dare in fitto la nave, essendo affatto improbabile che un divieto esistesse nell'a. 212.

Il motivo risiede, a mio avviso, altrove.

Occorre non dimenticare, in primo luogo, una circostanza che è

essenziale per la interpretazione del papiro e a cui ho accennato più sopra: e cioè che la organizzazione del servizio dei navicularii alla dipendenza dello Stato, con l'asservimento dei collegia naviculariorum, la imposizione del munus ai proprietari privati delle navi, le limitazioni della libertà di alienare i loro beni nei corporati, l'attribuzione di carattere reale alla functio navalis e con tutti gli altri provvedimenti che di mano in mano vennero aggiungendosi per assicurare allo Stato il servizio delle navi da trasporto, non s'ebbe in modo pieno e completo che nel iv secolo, soprattutto dalla legislazione di Costantino in poi. Fu specialmente allora che il *munus* per le accresciute restrizioni della libertà, per le maggiori responsabilità messe a carico dei navicularii, per la universalità della sua imposizione, divenne gravoso e provocò, nonostante i privilegi e le immunità che andavan congiunte alla funzione, tentativi molteplici da parte di quei che v'eran sottoposti, di sottrarsene e di sfuggirvi o col distaccarsi dal corpus, o col porre le navi sotto la tutela dei potentiores, o col vendere i beni ad estranei, che dal canto loro non si sforzavano meno di liberarsene, convenendo coi venditori *minus idonei* che il *munus* dovesse rimanere a carico di questi. E ad infrenar siffatti tentativi, più che ad accrescere i premi con nuovi privilegi e immunità, è diretta sostanzialmente tutta la legislazione di colestio periodo.

Ben diversa è la condizione dei navicularii nel periodo precedente. Non essendo il munus ancor divenuto universale e gravosissimo, si senton di esso più i benefici, per le immunità concesse, che i pesi; quindi non tentativi per isfuggirvi, ma al contrario ogni cura sarà stata posta per non perdere i vantaggi che la qualità di navicularius in modo perpetuo, la prestazione delle navi da parte dei singoli proprietari privati al trasporto delle annone. in modo meno pieno e non sempre continuativo, assicuravano agli esercenti l'industria navale.

Indice di una tale situazione e ad un tempo elemento non trascurabile per la intelligenza del nostro papiro è un rescritto emanato da Antonino Pio (e quindi anteriore alla data del papiro stesso, ma pur non molto lontano da essa), di cui ci conserva il ricordo un fr. dei digesti inserito nel titolo *de immunitatibus*:

l. 6 (5) § 9 D. 50. 6 *Callistratus 1 de cognit.*

Divus quoque Pius rescripsit, ut, quotiens de aliquo navicu-

lario quaeratur, illud excutiat, an effugiendorum munerum causa imaginem navicularii induat.

La informazione di Callistrato è preziosa: perocchè se Antonino Pio, poco più di mezzo secolo innanzi, ordina che ogni qualvolta si tratti di un navicularius il quale invochi delle immunità, la prima indagine da istituirsi sia quella di vedere se egli sia un vero navicularius o se tale qualità non sia invece fittiziamente assunta per godere la esenzione dai munera pubblica, è manifesto che in quel tempo la tendenza doveva esser piuttosto di conservare la qualifica, visto che più d'uno ad arte si fingeva tale.

Ora, quando accanto a questo testo se ne ponga un altro, contenente esso pure la menzione d'un rescritto imperiale e ancor più vicino per tempo alla data del papiro, la spiegazione del singolare contratto non può più essere dubbia. Nello stesso fr. 6 (5) suindicato, Callistrato, dopo aver ricordato il rescritto di Adriano che assicura la *immunitas* soltanto ai navicularii *qui annonae urbis serviunt*, così continua:

I. 6 (5) § 6 D. *eod.*

Licet in corpore naviculariorum quis sit, navem tamen vel naves non habeat nec omnia ei congruant, quae principalibus constitutionibus cauta sunt, non poterit privilegio naviculariis indulto uti. idque et divi fratres rescripserunt in haec verba: 'Ἦσαν καὶ ἄλλοι τινὲς ἐπὶ προφάσει τῶν ναυκλήρων καὶ τὸν (l. τῶν) σίτον καὶ ἔλαιον ἐμπορευομένων εἰς τὴν ἀγορὰν τοῦ δήμου τοῦ Ῥωμαϊκοῦ ὄντων ἀτελῶν ἀξιούντες τὰς λειτουργίας διαδιδράσκειν, μήτε ἐπιπλέοντες μήτε τὸ πλεόν μέρος τῆς οὐσίας ἐν ταῖς ναυκληρίαις καὶ ταῖς ἐμπορίαις ἔχοντες. ἀφαιρεθῆτω τῶν τοιούτων ἡ ἀτέλεια, [Erant etiam alii quidam sub ea specie, quod navicularii quique frumentum oleumque ad annonam populi Romani advehunt immunes sunt, munera effugere volebant, cum neque naviculariam facerent neque maiorem partem rei familiaris in re navicularia et negotiatione collocassent: horum immunitas tollatur].

Le condizioni richieste per la concessione delle immunità erano sostanzialmente due: che si possedesse una o più navi di una determinata portata non minore di 10,000 modii secondo l'editto di Claudio (Gai. I, 32 c., Ulp. Fragm. III, 6), di 50,000 modii se una sola, e di

10,000 ciascuna se più, secondo il fr. 3 D. 50. 5: ('His, qui naves marinas fabricaverunt et ad annonam populi Romani praefuerint non minores quinquaginta milium modiorum, aut plures singulas non minores decem milium modiorum, donec hae naves navigant aut aliae in earum locum, muneris publici vacatio praestatur ob navem'); che tali navi fossero adibite ai trasporti dell'annona (fr. 6 [5] § 3 D. 50. 6: 'Negotiatores, qui annonam urbis adiuvant, item navicularii, qui annonae urbis serviunt, immunitatem a muneribus publicis consequuntur, quamdiu in eiusmodi actu sunt'; cfr. anche § 5 cit.) Ma abusi e sotterfugi, per godere della immunità anche da chi non riuniva in sé queste condizioni, si dovettero ben presto verificare: la immunità fu invocata da chi forse per una volta aveva impiegato la nave in quel genere di trasporto, ed a ciò si riparava conferendola solo pel tempo in cui durava la prestazione del servizio pubblico ('quamdiu in eiusmodi actu sunt') ¹⁾; fu invocata da chi non aveva né una né più navi, ma riteneva sufficiente la qualità di navicularius per conseguirla; e a ciò poneva rimedio il rescritto dei divi fratres che Callistrato riferisce. Essi dispusero che non potessero, sotto il pretesto della concessione fatta ai navicularii che trasportano frumento ed olio a Roma, sottrarsi ai munera anche quelli che non navigano né hanno gran parte della sostanza impiegata nella industria delle navi e dei trasporti ²⁾. E Callistrato commentando il rescritto osservava esser necessario che si possedesse una o più navi, non bastando il solo fatto dell'appartenenza al corpus per godere dei privilegi ³⁾.

Ora, poichè queste disposizioni restrittive e di rigore venivano a colpire anche i navicularii d'Egitto, è manifesto il sotterfugio a cui ricorre Pbeis. Egli, avendo necessità d'alienar la sua nave per incas-

¹⁾ Cfr. l. 5 D. 50. 4 *Soaevola 1 regul.* Navicularii et mercatores olearii, qui magnam partem patrimonii ei rei contulerunt, intra quinquennium muneris publici vacationem habent.

²⁾ Cfr. l. 5 cit. 'magnam partem patrimonii'.

³⁾ Né questi furono i soli provvedimenti, che con altre costituzioni e rescritti e con l'interpretazione giurisprudenziale si vennero introducendo altre limitazioni e si diè assetto e regolamento alla materia ('immunitati, quae naviculariis praestatur, certa forma data est', l. 6 [5] cit. § 4), dichiarandosi non spettare la immunità ai figli o ai liberti dei naviculari (§ 4 cit.), né a quelli che sono sulle navi soltanto per eseguirvi lavori (l. 1 pr. D. 50. 6), né ai locupletes qui modica pecunia comparatis navibus muneribus se publicis subtrahere temptant (l. 6 [5] cit. § 8), ecc.

sarne il prezzo, vuol venderla, ma non vuole in pari tempo perdere i privilegi e le immunità che gli conferisce la sua qualità di *navicularius* proprietario di nave. A conciliare i due scopi cui egli tende un solo rimedio gli si offre: adombrare la vendita in un contratto di locazione, che giuridicamente lo farà ancora apparire come proprietario della nave e gli conserverà come tale le immunità e i privilegi. Ma d'altro canto è pur necessario garantire all'acquirente il libero e pieno godimento della nave: e la locazione viene contratta per un termine così lungo da oltrepassare presumibilmente la vita dell'affittuario non solo, ma dello stesso naviglio; le facoltà di libera disposizione e di pieno sfruttamento della nave si formulano così ampie da non costituire differenza da quelle che si trasmettono in un compratore; la garanzia, per ogni evento, si stipula col rigore con cui si suole nella vendita, per modo che ove l'alienante, giovandosi del dominio che ancor in lui rimane, facesse atto contrario alla sostanziale volontà delle parti, l'acquirente affittuario verrebbe largamente risarcito col pagamento del doppio valor della nave, dei danni e delle spese.

Così, mentre da un canto la disposizione dei *divi fratres* (a. 161-169) è la sola che pel tempo si adatti al nostro documento (a. 212), si spiega dall'altro anche l'uso del termine nuovo e singolare, *μισθωπραξία*, che ben rispecchia il doppio contenuto, apparente e reale, del contratto.

Qualche punto resta, in verità, incerto in codesta congettura: Poichè non risulta dal papiro se l'alienante appartenga ad un collegio di *navicularii* o sia un privato proprietario di nave, rimane dubbio s'egli tenda col suo atto di locazione ad assicurarsi le immunità che son concesse in perpetuo ai membri dei collegi, ovvero quelle che si largiscono ai privati siccome compenso del servizio che a loro s'impone e in quanto servano ai trasporti delle annone.

A questo punto si riconnette un ulteriore dubbio circa la idoneità della nave, per la sua portata, ai trasporti delle derrate pubbliche, potendo chiedersi se una nave della capacità di 400 artabe avesse la misura legale affinchè, sottoponendosi al *munus*, il proprietario fosse ammesso al godimento di quei benefici.

Di una minima misura legale sia per le navi dei *navicularii* (con divieto di costruire battelli al di sotto di essa), sia per quelle dei privati come limite per potersi imporre il *munus*, parlano sovente le

fonti. L'editto di Claudio concedeva la cittadinanza ai latini, l'esenzione dalla lex Papia Poppaea ecc., purchè la nave avesse una capacità non minore di 10,000 modii (Gai I, 32 c: 'Item edicto divi Claudii Latini ius Quiritium consequuntur, si navem *marinam* aedificaverint, quae non minus quam *decem milia modiorum* frumenti capiat'; cfr. Ulp. Fragm. III, 6). Scevola ricorda una identica misura per coloro che avessero più navi, mentre per chi ne avesse una sola la misura era portata a 50,000 modii (l. 3 D. 50, 5: 'His, qui naves *marinas* fabricaverint et rel., più sopra riportata). E l'uno e l'altro testo si riferiscono esplicitamente alle navi destinate alla navigazione del mare. Divieti ai navicularii di costruir battelli minori della capacità prescritta furono emanati dagli imperatori (28 C. Th. 13. 5, a. 399: 'Provideatur ut naves singuli quique navicularii obnoxii functioni ad necessarium et constitutum modum exaedificare cogantur, ut onera debita et iusta suscipiant. Qui sciant se de propriis periclitaturos esse fortunis, nisi in his praeparandis *debitae capacitatis summam modumque servaverint*'). Nel 439 Teodosio disponeva che non potessero sottrarsi al *munus* le navi aventi una portata maggiore di 2000 modii (Nov. Theod. 8 de navibus ultra *duorum millium modiorum* capacitatem non excusandis), e nel 450 Valentiniano vietava che i navicularii amnici costruissero o restaurassero navi di capacità inferiore a 40 cupe (Nov. Valent. 29 § 2: 'Navem nec facere novam nec instaurare intra capacitatem *quadraginta cuparum* liceat ei, a quo hoc munus videtur susceptum'), mentre imponeva alle navi dei privati *legitimae capacitatis* un trasporto per anno.

Corrispondendo l'artaba dell'epoca romana ¹⁾ a modii 3 ¹/₃, la nave di Pbeis che misurava 400 artabe aveva dunque la capacità di 1333 modii circa, ed era quindi inferiore alla misura minima di 2000 modii testè ricordata. Nè questa si raggiungerebbe calcolando l'artaba tolemaica di m dii 4 ¹/₂ ²⁾ poichè con tale misura non si avrebbero che 1800 modii.

Ma è da osservare innanzi tutto che la misura dell'artaba varia moltissimo secondo il tempo e secondo la natura e lo scopo della

¹⁾ Cfr. HULTSCH, *Metrologie* ², pp. 623-625; *Beiträge zur ägypt. Metrologie* in « Arch. f. Papf. », II, p. 274; BOUCHÉ-LECLERCQ, *Hist. des Lagides*, III, p. 184 n. 2.

²⁾ Cfr. HULTSCH, « Arch. f. Papf. », II, pp. 273-274; WILCKEN, *Griech. Ostraka*, I, p. 412; LUMBROSO, *Recherches*, p. 34.

misurazione ¹⁾, ed inoltre che misure certe non si hanno per le navi fluviali (salvo che per quelle del Tevere); sicchè nulla può stabilirsi di sicuro sulle navi del Nilo, neppure se una misura legale fosse prescritta e se, essendovi, una ve ne fu nel tempo a cui il contratto appartiene. Certo è che le navi fluviali, per la natura stessa delle cose, avevano una capacità molto minore delle marine; e che la nave di Pbecis se non è tra le grandi non è neppure tra le minime.

R. DE RUGGIERO.

¹⁾ Oltre l'artaba dell'epoca romana di 32 chenici (lit. 29.18), v'ha infatti un'artaba antica egizia di 40 chenici (lit. 36.47), una di 30 (lit. 27.36), una di 29 (lit. 26.45), una di 26 (lit. 23.71), una di 24 (lit. 21.88); e ve n'era poi una tolemaica (lit. 39.39), una per la misura delle imposte e degli affitti (lit. 37.52) e varie altre, tra cui persino una di 42 chenici; cfr. HULTSCH, « Arch. f. Papf. » II, pp. 276, 279, 283-293; III, pp. 425-427, 429; SALLUZZI, *Sui prezzi in Egitto*, p. 16; GRENFELL, *Tebt. Pap.* I, pp. 43-44. È probabile che con le misure dell'artaba in uso al tempo del papiro e con un ragguaglio più alto la nave misurasse effettivamente una capacità superiore ai 2000 modii. La sua portata si aggirerebbe, calcolando il modio in kg. 8.73, tra le 11 e le 16 tonnellate. Si veda su alcuni dati di tonnellaggio, di lunghezza e di larghezza delle navi antiche, il LÜBECK, op. cit. I, pp. 22, 33; cfr. anche pel calcolo di alcuni carichi di derrate BOUCHÉ-LECLERCQ, op. cit. IV, p. 65 n. 2 e 3.

RECENSIONI

The Tebtunis Papyri. B. P. GRENFELL, A. S. HUNT, E. J. GOODSPEED.—
London, 1907, Parte II, pp xv-485.

Questo secondo volume dei papiri trovati a Tebtunis comprende documenti del periodo romano, se ne toglie qualcuno (nn. 279 a 284, 345, 386...) d'epoca tolemaica. Tralasciando i testi letterari (265-278) prenderemo in esame quei documenti giuridico-amministrativi che più interessano.

Il n. 285 (239 d. C.) conserva un rescritto di Gordiano, riguardante la *professio liberorum*: Θεὸς Γορδιανὸς Σεβαστὸς Νέρωνι | Πούθεντι (otherwise unknown: editt.). παραλιφθεῖσαι τέκνων | ἀπογραφαι οὔτε τούτους ἀληθεῖς | [νομίμους] ὄντας παρανόμους ποιοῦσιν | οὔτε ἀλλοτρίους, εἰ καὶ ἐγένοντο εἰς τὴν | οἰκετείαν εἰσάγουσιν. Data.

La *professio liberorum* come norma di ordine pubblico fu introdotta da Marco Aurelio, come trovo in I. Capitolino, *Anton. philos.* 9 (*Script. hist. Aug.* I, p. 90. [Jordan-Eyssenhardt]), il quale: 'liberales causas ita munivit ut primus iuberet apud praefectos aerarii Saturni (quell'erario di Saturno che Plutarch., in *Problem.* chiama φυλακτήριον τῶν συμβουλαίων) unum quemque civium natos liberos profiteri intra tricensimum diem nomine inposito. *Per provincias tabulariorum publicorum usum instituit, apud quos idem de originibus fieret, quod Romae apud praefectos aerarii*: ut si forte quis in provincia natus, causam liberalem diceret, testationes inde ferret'. Il nostro documento pone due principi: 1° che la mancata *professio* non influisce sulla legittimità (ll. 2-4); 2° che l'avvenuta *professio* di un figlio eltrui non può farlo entrare per ciò solo nella famiglia (ll. 5-6).

La *professio* quindi aveva valore probatorio, e, di più, non assolutamente probatorio. Il Mitteis (cfr. gli edit. a n. 2) ha richiamato

una costituzione più tarda di Diocleziano e Massimiano (a. 293) C. 7. 16. 15: 'nec omissa professio probationem generis excludit, nec facta simulatio veritatem minuit'. Con qual ragione si possono tener presenti: C. 7. 16. 22 (Dioclez. a. 293), 23 (id. eod. a.); 4. 19. 14 (id. eod. a.), e quanto alle prove in genere per la legittimità D. 22. 3. 16 (Terent. Clemens) e 29 (Scaevola).

Nell'Egitto valeva quindi, per questa materia, la legislazione romana, mentre nel diritto greco, Attico in ispecie, è discutibile e discusso se la registrazione nel *voivōn γραμματέων* avesse valore assoluto o probatorio (vedi Beauchet, *Hist. d. dr. priv. de la rép. Athén.* I, 350 e sgg.). Nè per la questione dibattuta nel campo del diritto greco, il ns. documento arreca alcun lume: sarebbe invero infido argomentare, senz'altra prova, dall'esistenza di questo rescritto, una consuetudine preesistente in Egitto, che riconoscesse il valore assoluto della 'professio' e che avesse quindi resa necessaria una disposizione in senso contrario.

Di particolare importanza è il n. 287 (a. 121-138): un resoconto di una lite riguardante la proprietà di una casa, la quale, per la incompletezza di quello, riesce difficile ricostruire ne' suoi particolari. Si tratta, ad ogni modo, di un giudizio dato da un Giulio Teone a favore di Ptolema, che aveva agito in rivendicazione di una casa in possesso di un terzo. Teone decide che siccome la proprietà risulta dal contratto di compravendita, dalle prove assunte e da sua diretta conoscenza, la casa appartenga a Ptolema (ll. 15-20). Quindi prosegue: non è il caso di esaminare il diritto del possessore, e richiama due rescritti di Traiano e di Adriano, avendo Ptolema raggiunta la prova della sua proprietà; ed essendo petitorio, non possessorio il giudizio (ll. 21-24: *περί γάρ τῆς νομῆς οὐδὲν ζητεῖν | δεόμεθα προσκυνεῖν | ὀφείλοντες τὰς ἀναγνώφ[σ]θείσας τοῦ θεοῦ Τ[ρ]αιανοῦ καὶ τοῦ κυρίου ἡμῶν | Ἀδρια[νο]ῦ Καίσαρος Σεβαστοῦ | ἀποφ[ά]σεις*). Del rescritto di Traiano non è conservata menzione: è invece riprodotto (e con esso s'inizia il documento, come quello sul quale si basa la decisione) quello di Adriano, susseguito dalla sentenza del giudice (ll. 3-12).

In una controversia fra Apollonide (attore) e Claudio Antonino, l'imperatore scrisse: '[κ]αὶ π[ρ]ώην σοι ἀπεφηνάμην ὅτι τὸ ἐ[π]ίκριμά μου βοηθεῖ [σ]οι | [κ]αὶ [τὴν] Φιλωτέραν δὲ οἶμαι κρατίστην οὖσαν καὶ ἐπὶ τῇ | ἀ[ρίστω] ἔμοι γνώριμην οὐδὲν σε ἀδικήσεν καὶ μάλιστα | εἰδ[υ]ίαν | ὅτι νομῇ

ἄδικος [οὐ]δὲν εἰσχύει, αὐτὸ δὲ περὶ τῶν | οὐ ζη[τ]ουμένων ἐνοχλεῖ(ν) μοι θάλεις ἔχον τὸν ἐπίτροπον [τ]οῦ[του] δανιστοῦ ὅς ἀποκαταστήσει σοι τὰ σώματα.' Cioè che Filotera non avrebbe persistito in una *iniusta possessio* (νομή ἄδικος) che non può convalidarsi [μὴ ἰσχύει]. Agisse quindi Apollonide con la rivendica degli schiavi, e non lo importunasse intorno a ciò che non formava oggetto di controversia (περὶ τῶν οὐ ζητουμένων), cioè il possesso da parte di Filotera, la quale non avrebbe insistito se il suo possesso era ingiusto (ed invero egli rivendicava gli schiavi!).

Segue al rescritto la sentenza di Flavio Juncino, che riconosce all'attore il diritto alla restituzione degli schiavi e al pagamento delle opere prestate da loro, contro Claudio Antonino l'erede¹⁾ (παρὰ τοῦ Ἀντωνίνου τοῦ κληρονόμου, ll. 10-12).

L'azione di rivendica intentata contro il possessore illegittimo dimostra che la distinzione fra possesso e proprietà e la loro diversa tutela giuridica, non solo concettualmente, ma anche nella pratica dei rapporti entrava a far parte del patrimonio giuridico greco-egizio per opera ed influenza della legislazione romana.

E ancora chiaramente risalta il contrapposto fra possessio [νομή²⁾] e dominio o proprietà (δεσποτεία) nel n. 335 (metà del III secolo d. C.). È una petizione al prefetto (? il magistrato non è nominato: gli editori dal fatto della mancanza dell'indirizzo pensano ch'essa possa esser stata scritta direttamente nell'ufficio del magistrato cui era diretta, cfr. Introd.) di Phienous, che richiede di non essere mole-

¹⁾ Sia che, come vogliono gli editori, gli schiavi si trovassero in possesso di Filotera perchè le fossero stati concessi in pegno a garanzia di un debito e ritenuti da lei anche dopo il pagamento, sia che ciò dipendesse da altra causa (ad es. concessione precaria - su che sono lecite tutte le ipotesi, purché possibili); per spiegare come mai pur apparendo gli schiavi in possesso di Filotera - ché di essa parla il rescritto - siano invece richiesti a Claudio Antonino (la rubrica della lite porta: Ἀπολλωνίδης πρὸς Κλαυδ. Ἀντων.), io penso - a differenza degli editori, i quali opinano semplicemente che Filotera... 'must have been on the side of the defendant Antoninus', senza che si veda con ciò perchè la lite fosse intentata ad Antonino - che la lite sia stata ripresa contro Antonino quale erede di Filotera morta durante la causa (come altrimenti spiegare il κληρονόμος?)

²⁾ Νομή è il termine tecnico per indicare 'possessio'. Cfr. i Basilici 50. 2 passim. In Dig. 41. 2. 1. pr. si trova κατοχή in relazione al possesso: Paul. l. LIV ad edict. 'Possessio appellata est... a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui eo insistit, quam Graeci κατοχήν dicunt'. Ma qui s' intende possessio naturalis = κατοχή (cfr. CUIACIO, *Op.* v. 678, in *libr. LIV Paul. ad edict.*). Cfr. Basil. 50. 2. 1: ἡ νομή φυσική ἐστὶ κατοχή.

stata nel suo giusto possesso (εἶμι ἐν νομῇ δικαίως...) di una villa datale in dote dal padre. Da lin. 5 sgg. si evince che Phienous aveva sostenuto di fronte a Mirone il suo diritto di proprietà e che Critone (forse il giudice?) l'aveva conservata al possesso (μεῖναι ἐν τῇ νομῇ), ma aveva procrastinato la decisione in merito per esaminare i libri di Hermaiscos (il padre che costituì la dote), forse per scoprire se v'erano già diritti costituiti sopra la villa in questione. Qualunque fosse per essere l'esito dell'inchiesta (è detto semplicemente, ll. 10-11, che Hermaiscos fu trovato, interrogato, e ne fu riferito allo stratego; ond'è lecito pensare che la decisione definitiva non fosse stata ancor presa), Phienous chiede che sia riconosciuto il suo possesso, come quello che è legittimo (l. 12: εἶμι ἐν τῇ νομῇ δικαίως) e cessino le molestie da parte dell'autorità; chiudendo la petizione con l'aggiunta che, ove le molestie dipendessero da ordine di lui (cioè del magistrato a cui è diretta la petizione), si riserva di fornirgli la dimostrazione del suo diritto.

Il fatto che Phienous non accenna a intentare contro le turbative di cui fa parola, l'azione possessoria, può dipendere dall'essersi già iniziata contro di lei la lite in petitorio.

I due papiri riportati sono i primi esempi di questioni riguardanti il possesso nella sua relazione con la proprietà: il 1° conserva notizia dell'esperimento di un'azione di rivendica di fronte a una in iusta possessio; il 2° presenta una richiesta del riconoscimento di una iusta possessio.

Il n. 317 (174-175) presenta la nomina di un procuratore, che dovrà rappresentare in giudizio l'assente (per casi simili cfr. Oxy. 97. 261. 726. 727). Una donna, assistita dal κύριος, richiede all'ἐξεγγητής di Alessandria la sanzione della nomina ch'ella fa nell'atto stesso di un procurator litis nella persona di suo marito. Il quale la rappresenterà in una controversia sulla proprietà di 38 arure ecc. nel nome di Arsinoe, non potendo essa recarvisi. Il mandato, con annessa accettazione, è in questa forma: συνίστημι ἀντ' ἐμαυτῆς κατὰ τόδε τὸ ὑπόμνημα τὸν ... ἄνδρα | Ἡράκλῃ(ο)ν παρόντα καὶ εὐδοκ[ο]ῦντα τῇδε τῇ συστάσει ... καταστησ[όμε]νον ἐπὶ τε τοῦ ... στρατηγοῦ | ἢ ἐπὶ τοῦ κρατίστου ... ἐπιτ[ρό]που ... | [ῆ] καὶ τοῦ κρατίστου ἐπιστρα[τή]γου ... | περὶ ὧν οὐ δεόντως ἐπικρατεῖ ἀρουρῶν | τριάκοντα ὀκ[τώ]. ll. 10-24.

Chiude domandando che sia reso nota ai magistrati che presiederanno il giudizio questa sua nomina. Ed è qui interessante la clausola di ratifica di quanto sarà per fare il procuratore. Il. 29-34. '[δι]ὸ ἀξιῶ ὑμᾶς συντάξαι τοῖς πρὸς τούτοις | οὖσι εἰ [τι]σιν [οἰ]ς καθήκει ἐν' ἐάν παρῶν ἐπ' αὐτοὺς (ἦ) ὁ Ἡρά|κλη(ο)ς χρηματίζωσιν αὐτῶ ἕκαστα ἐπιτελοῦντι | ἐκ τοῦ ἐμοῦ ἀπούσης ὀνόματος καθὰ καὶ ἐμοὶ παρούσῃ ἐξήν, εὐδοκῶ γὰρ ἐπὶ τούτοις ἐν[α] ἦ.'

Non v'ha dubbio che l'ultimo periodo εὐδοκῶ-ἦ, si riferisca al rappresentato: a ciò costringe la struttura del periodo e la dipendenza concettuale da quanto precede. Il Wenger, *Stellvertretung*, pp. 142 sgg., esaminando i consimili papiri di Ossirinco citati, è venuto nella conclusione che l' εὐδοκεῖν si riferisca alla 'Zustimmung des Stellvertreters'. Ma se poteva esser discutibile in quei documenti, qui non mi par dubitabile che 'εὐδοκῶ γάρ...' si riferisca non al rappresentante ma al rappresentato. Si noti che l'accettazione del rappresentante è espressa più sopra a ll. 13-14. E si noti ancora che l'agire del rappresentante con gli stessi poteri che spetterebbero al rappresentato appare qui come conseguenza (cfr. il γάρ) della dichiarazione del dominus di ratificare quanto sarà fatto in sua vece. Nè si vede come ἐπὶ τούτοις non dovesse riferirsi al contenuto della lite (cfr. il πρὸς τούτοις precedente a l. 29) e agli atti da compiersi in connessione con essa; e si dovesse riferire invece semplicemente al contenuto del mandato. Saremmo quindi in presenza di una ratifica *ex ante gesto*, che, fino a un certo punto, sostituirebbe, nell'effetto, la romana cautio ratam rem dominum habiturum del procuratore.

Il n. 386 (12 a. C.) si riconnette alla questione fra ἔγγραφος e ἄγραφος γάμος. Un Πατήμις, riconosce di fronte a Sokonopis sua moglie di aver ricevuto come δάνειον la sua dote, da restituire in caso di scioglimento del matrimonio. La presenza della φερνή esclude che si tratti di un documento di ἄγραφος γάμος; ma siccome Πατήμις dichiara che Sokonopis è già, al momento della stipulazione del contratto γυναικὴ sua, si è, con assai probabilità, in presenza di un ἄγραφος γάμος, che si tramuta in ἔγγραφος. Così opinano gli editori, opportunamente richiamando CPR. 28 e BGU 1045. Quanto a Oxy. 267 io persisto a crederlo un vero e proprio documento costitutivo di ἄγραφος γάμος. Nè propenderei a ritenere che lo scritto dovesse esu-

lare assolutamente in questa forma di matrimonio. Non v'era sì atto scritto di costituzione di dote, ma v'era un contratto scritto di prestito (o altra forma consimile) delle cose che arrecava nella comunione la donna a colui che imprendeva a convivere seco, con dichiarazione degli obblighi di questi. (Soltanto in tal modo si riesce a distinguere un γάμος, sia pure ἄγραφος, da una qualsiasi forma di concubinato). La differenza tra la opinione che manifestai altrove (*Arch. giur.* 72. 21) e quella del prof. De Ruggiero (*Studi pap. sul matr.* etc (estr. di questo *Bull.*), 1903, pp. 45 e 76-77) si riduce in fondo a questo che, mentr'egli con ardita interpretazione del testo, ritenne essere Oxy. 267 nè più nè meno che un contratto di mutuo fra marito e moglie, io invece vi ravvisavo un contratto di ἄγραφος γάμος, cioè un contratto di prestito, costitutivo dell'ἄγραφος γάμος, delle cose di proprietà della donna. Dal nostro documento si evince che questo concetto del prestito, poteva essere mantenuto anche per il trapasso da matrimonio ἄγραφος in ἑγγραφός: si dichiarava soltanto dote quello che prima era semplice apporto patrimoniale.

Il n. 378 conserva una prova di un principio contrario al diritto romano: il potersi cioè costituire una donna curatrice di un mentecatto (fratello: παρῆλιξ. Vedi su questo, recentemente, 'Curatrix' del Wenger in *Zeitschr. Sav. Stift.* (r. a.), 1907, p. 449 sgg.).

Il n. 397, un notevole documento di transazione ha, a ll. 23 e sgg. la richiesta allo ἐξεγητής di un κύριος, ch'è concesso nella persona designata dalla richiedente stessa (per l'autorità competente a nominare il κύριος, vedi Weiss in *Archiv für Papyrusforsch.* IV. 82) 'μή ἔχουσα τὸν ἐπιγραφησόμενόν μου κύριον τῷ τὸν συνόντα μοι ἄνδρα Πτολεμαίων ἐπὶ ξένης εἶναι καὶ μὴ περιεῖναι μοι πατέρα | μηδὲ τοῦ πατρὸς πατέρα μηδὲ ἔχιν με ἀδελφὸν ἢ υἱόν'....

È l'enumerazione dei κύριοι, che avrebbero potuto assisterla, nel grado della parentela, in ordine, dirò, di preferenza legittima; 'sì che, qualora mancasse il marito, dovesse nominarsi κύριος il padre, ad es. ad esclusione degli altri parenti? Allo stato attuale, credo, che la domanda non possa ricevere una confacente risposta.

Piuttosto può rilevarsi contro l'opinione del Weiss (*Archiv*, IV, 90) che 'die Frau. . zur Vornahme einer jeden einzelnen Rechtshandlung von neuem der Bestellung eines Vogtes bedürfte', che essa mal si comporta con il ns. documento, il quale lascia comprendere come, se

fosse stato presente il marito (il *κύριος* normale) non sarebbe stata necessaria una nuova nomina.

Fra gli altri documenti, specialmente degni di nota, sono il n. 319, una divisione tra fratelli di beni loro pervenuti in eredità; il n. 384, una petizione allo stratego da parte di una donna ch'è stata abbandonata e derubata dal marito (cfr. Oxy. 281, e per quanto riguarda l'azione dal punto di vista romano, Zanzucchi in *Riv. it. p. le scienze giur.* 42 (1906), passim e p. 59); i contratti di locazione dal n. 372 al 378, di vendita 379, di cessione di diritti 380 (sull'argomento cfr. Wenger, *Studi in onore di C. Fadda*), di divisione di proprietà 382-383, di deposito di denaro pubblico 387, di mutuo 388, di garanzia ipotecaria 390.

I punti che abbiamo specialmente rilevati dall'interessante volume, sebbene pochi, possono dare idea del molto che nell'ambito di una recensione più che sfuggire, non può essere convenientemente svolto, ma che in realtà questo volume contiene, per grazia degli editori veramente benemeriti della cultura storico-giuridica.

Seguono infine: la corrispondenza privata (407-424), le descrizioni dei documenti non pubblicati (425-689), alcuni *ὁστροναῖα*; e due appendici, la prima sul *P. Brit. Mus.* 372 (pp. 339-343), la seconda su *The topography of the Arsinoite nome* (pp. 343-424), nelle quali gli editori hanno profuso la loro mirabile erudizione critica.

G. BORTOLUCCI.

Legras Dr. Henri, *La table latine d'Héraclée (la prétendue lex Julia municipalis)*. In-8°, p. 400. — Paris, Rousseau, 1907.

La iscrizione latina della tavola di Eraclea è da gran tempo concordemente e quasi pacificamente ritenuta una legge rogata, proposta al popolo da Cesare dittatore e diretta a regolare con norme generali il diritto municipale; onde il nome di *lex Julia municipalis*, sotto il quale essa è pubblicata nelle varie raccolte, citata e commentata dagli scrittori. Benchè nel commento alla *lex municipalis Tarentina* (1903) il Mommsen avesse ripudiata tale opinione, già da lui accettata e sviluppata nella *Römische Geschichte*, la questione intorno al contenuto della tavola non era stata più presa largamente in esame: al compito si è posto ora il Legras.

L' A. nega, come si vede dal titolo stesso del suo libro, la dottrina che vede nella tavola eracleense una *lex Julia municipalis*: per lui, non può trattarsi nè di una *lex municipalis*, in quel senso generale che si sostiene e che la redazione del testo lascerebbe in qualche parte supporre, nè di una legge proposta da Cesare.

Fra le due negazioni, la più discutibile è senza dubbio la seconda: le argomentazioni, che per questo punto sostengono l'opinione dominante, sono accuratamente vagliate dal Legras, ma non pare che le sue conclusioni siano sempre accettabili. È vero che l'argomento ritenuto dai più il fondamentale appare completamente distrutto con la facile dimostrazione che la frase della l. 122, per cui *quei ob caput c(ivis) R(omanei) referundum pecuniam praemium aliudve quid cepit ceperit* è escluso dal decurionato, non ha nessun rapporto con l'opera di Cesare avversa ai sicarii collaboratori di Silla nell'esecuzione delle proscrizioni. Se della portata delle critiche non fossi già convinto, mi convincerebbe del definitivo abbattimento dell'interpretazione comune lo sforzo inane del Kübler (nella recensione al libro di Legras in *Ztschr. der Sav.-St.*, XXVIII, 409 sgg.), diretto a tenerla in piedi a tutti i costi. Ma gli altri argomenti a favore dell'opinione comune restano saldi ai colpi dell'A. Fermo anzitutto resta l'argomento tratto dalla menzione del *iudicium de dolo malo* nella l. 111. La duplice asserzione di Cicerone, che Aquilio Gallo *iudicium* (o *formulas*) *de dolo malo protulit* (*de off.* 3. 60; *de nat. deorum* 3. 74), e la circostanza che Aquilio fu pretore l'anno 688/66, determinano secondo i più questo anno come quello del primo apparire dell'*a. de dolo* nell'editto; e lasciano quindi supporre che la legge incisa sulla tavola di Eraclea sia posteriore. Per eliminare l'argomento, il Legras è costretto ad accogliere l'ipotesi avanzata tempo addietro dal Kübler (*Ztschr. Sav.-St.*, XIV, 80 sg.), secondo la quale l'azione non sarebbe stata proposta da Aquilio pretore nell'Editto, ma data come azione *in factum* a sua richiesta e per casi singoli, e poi passata nell'*edictum perpetuum* di pretori esercitanti la carica anteriormente a lui. Io credo che questa ipotesi sia inammissibile: a parte le osservazioni del Karlowa, me ne convince la citata espressione di Cicerone. È vero che il termine tecnico per l'iscrizione di una disposizione nell'albo è *proponere* e non *proferre*, ma è anche vero che quest'ultimo verbo ha spessissimo il significato di « pubblicare », « dar fuori », e che

quindi esso può essere inteso nel senso della iscrizione della formula nell'Editto: ora, basta l'ammissione di una tale possibilità di interpretazione per far ritenere che Cicerone non si sarebbe servito di esso, se avesse voluto indicare ben altra cosa. D'altronde, chiunque legga senza preconcetti la frase *iudicium protulit*, vi vedrà senza dubbio l'accento all'opera decisiva di un uomo, che per la potestà riconosciutagli, potè introdurre nel sistema procedurale un'azione nuova; e quest'uomo non poteva essere che un pretore ¹⁾.

Ma, se l'accento al *iud. de dolo malo* mostra che, almeno in questa parte, le disposizioni della tavola sono posteriori all'anno 688/66, la lettera di Cicerone a Lepta (*ad fam.* 6. 18. 1) mostra che, sempre nella stessa parte (quella cioè relativa alle incapacità al decurionato), è qualche altra disposizione che soltanto nel tempo della dittatura cesarea entrava a far parte della legislazione romana. È noto che il grande oratore era stato interrogato da Lepta intorno alla incapacità dei preconi, e precisamente *quid esset in lege* a questo riguardo: egli risponde di avere interrogato in proposito Balbo, e di aver saputo da lui « eos, qui facerent praeconium, vetari esse in decurionibus: qui fecissent non vetari »; disposizione che coincide con quella delle ll 94-96 della nostra tavola. Si ritiene di solito che la lettera si riferisca a un disegno di legge non ancora reso pubblico, e se ne deduce che era in preparazione, quando Cicerone scriveva (fine dell'a. 708/46), la *lex Julia municipalis*. Il Legras propone due diverse spiegazioni:

1^a Non si tratta di un disegno di legge, ma di una legge già esistente. — Di ciò l'A. cerca mostrare la possibilità sia riferendosi alla non eccessiva cordialità dei rapporti fra Cicerone e Balbo, ed alla fiducia reciproca che sarebbe invece da presupporci per la richiesta e l'ottenimento di notizie su un disegno di legge in preparazione, sia mostrando che il testo può benissimo intendersi nel senso da lui voluto. Ma la dimostrazione è completamente fallita; in quanto ai rapporti fra i due uomini politici, i passi invocati sembrano scelti apposta per dimostrare il contrario di quanto l'A. assume; e, in quanto alla

¹⁾ È notevole del resto che, nella recensione citata, lo stesso KÜBLER, pur manifestando la sua compiacenza e meraviglia per vedere accolta, sia pure a sostegno di una tesi disgraziata, la sua vecchia opinione, non osa tuttavia riportare il sorgere del *iud. de dolo malo* intorno all'anno 664/90, data che il nostro A. è costretto a proporre per sostenere la sua opinione riguardo a quella della legge riprodotta nella tavola.

esegesi del testo, il ricorso a Balbo e la sua comunicazione privata, il tono di rassicurazione riguardo ad avvenimenti futuri che è nella frase *quare bono animo sint et tui et mei familiares*, la giustificazione del principio di diritto citato con l'altra frase *neque enim ferendum erat* rell., sono altrettanti argomenti pressochè invincibili a favore della comune opinione.

2^a Se pure si tratta di un disegno di legge, non è detto che la legge venutane fuori sia proprio quella contenuta nel testo d'Eraclia. — In questo, si può bene esser d'accordo col Legras, benchè vi sia nel testo ciceroniano la espressione *in municipiis*, che sembra accennare a norme generali come quelle poste nella nostra legge; ma non si potrebbe in nessun caso ritenere che questa appartiene ad epoca anteriore, poichè il testo ciceroniano ci dimostra che la norma sulla incapacità dei *praecones* al decurionato non era mai stata posta in leggi anteriori, o — almeno — in leggi rogate di applicazione generale. Infatti, in quella giustificazione del principio affermato a cui poc'anzi accennavo, Cicerone dice: «*neque enim erat ferendum, cum qui hodie haruspicinam facerent in senatu Romae legerentur, eos, qui aliquando praeconium fecissent, in municipiis decuriones esse non licere*». Se una legge fissante le regole della incapacità dei preconi fosse già stata da tempo in vigore, perchè mai Cicerone avrebbe indugiato nel giustificare quelle regole, e avrebbe poi richiamato soltanto norme riferentisi al trattamento di professioni analoghe riguardo alla capacità di esser ricevuti nel Senato romano? Io non so ammetterlo; e credo quindi che, se fosse dimostrato che la legge preparata da Cesare verso la fine dell'a. 46 av. Cr. non era la nostra, questa dovrebbe ritenersi ancora posteriore.

Di argomenti nuovi per provare che la legge è molto anteriore a Cesare, il Legras ne adduce uno solo: la mancanza delle aa. depositi, commodati, vi bonorum raptorum nell'elenco delle infamanti. Ma la debolezza dell'argomento, che presuppone noto il tempo della inclusione di queste azioni fra le infamanti, fu rilevata, riguardo alle prime, dal Kübler (*rec. cit.*), sul fondamento dei recenti studii del Longo, del Segrè e del de Ruggiero, ben noti tutti ai lettori di questo Bollettino; nè è da fare gran caso della mancanza dell'a. vi bonorum raptorum. Non che io veda la possibilità, ammessa anche dall'A., che l'azione, nata non infamante, lo sia divenuto in seguito: ciò mi sembra

escluso dalla natura del fatto che l'azione colpisce. Ma i dati, da cui si vuol trarre la data d'origine dell'azione, sono così incerti, che edificarvi sopra è oltremodo pericoloso¹⁾.

¹⁾ Dichiaro brevemente la mia opinione in proposito, dolente che i limiti di una recensione non mi consentano una più larga trattazione della questione.

Io credo anzitutto esatta l'opinione del COHN (*zum röm. Veretnsrecht*, 185 sgg.; cfr. KARLOWA, *röm. RG.*, II, 1341 sgg.) intorno alla originaria distinzione fra l'editto relativo ai *bona vi rapta* e quello *de vi hominibus armatis coactisve damno dato*, e ammetto quindi a fortiori che fossero proposte nell'albo due diverse formule (così anche LENEL, *l'Edit*, II, 123): credo tuttavia che non sempre la distinzione sia stata posta dai Romani in risalto, ma che l'espressione più semplice *a. vi bonorum raptorum* sia stata spesso usata ad indicare sommariamente l'una e l'altra azione e che il ravvicinamento costante dei due casi abbia condotto, probabilmente nella redazione giulianea, alla fusione dei due editti in quello unico che i Digesti ci presentano. Appunto uno dei casi, in cui la espressione *a. vi bon. rapt.* è usata in significato pregnante, deve a mio avviso riconoscersi nell'elenco edittole delle azioni infamanti: ammettere con il KARLOWA che l'*a. de hominibus armatis rell.* non sia tale, non mi sembra lecito di fronte alla evidente connessione fra i due casi ed alla tendenza della legislazione romana in tema d'infamia. Ciò posto, non ha per la nostra questione importanza decisiva il fatto, pure secondo me indiscutibile, che il caso ricordato da ASCONIO (*ad Cic. orat. in toga cand.* [ed. ORELLI] p. 84) si riferisce, come l'altro di Cic. *pro Tullio* 8, non all'*a. vi bon. rapt.* in senso stretto, ma a quella *de hominibus armatis rell.*: tale constatazione non produce che un lieve spostamento della questione, in quanto resta sempre indiscusso che già il pretore M. Lucullo (677 o 678 di R.) concesse una azione non compresa nel novero della tavola di Eraclea, ma appartenente invece al gruppo che si soleva più tardi indicare col nome unico di *a. vi bonorum raptorum*, e che dalla condanna derivò la deiezione del colpevole dal Senato. D'altronde, l'identificazione delle azioni indicate da CICERONE e da ASCONIO non lascia adito alle faticose osservazioni, che da tante parti sono state fatte sulla base della origine dell'una o dell'altra azione dall'editto del praetor peregrinus.

Mi pare invece degno di considerazione il fatto, che nè dal passo ciceroniano nè da quello asconiano può senz'altro dedursi che l'editto di cui si tratta fosse entrato a far parte dell'*edictum tralaticium*; anzi, tutto l'andamento della orazione *pro Tullio* sembra legittimare il sospetto che anche sotto la pretura di Metello (a. 672-72) l'azione fosse caso per caso concessa dal pretore come *a. in factum* (cfr., oltre la struttura della formula al § 7, anche il richiamo all'attività esplicita in iure dal convenuto per fare includere nella formula la menzione della iniuria [§ 38]). Se così fosse, ne deriverebbe che l'editto *qui nisi pro certis personis ne postulent* non poteva ancora iscrivere le nostre azioni fra le infamanti, e la nota censoria che colpiva Caio Antonio sarebbe da ritenere fondata sul retto arbitrio del censore, il quale certo non era in questa materia strettamente legato alle fattispecie che per altro riguardo erano contemplate dall'editto. È inutile aggiungere che una legge, la quale prevedeva solo i casi già stabilmente contemplati dall'editto, non avrebbe avuto nessuna ragione d'includervi l'*a. vi bon. rapt.* e la sua analoga, se non nel tempo, evidentemente incerto, in cui i rapporti relativi fossero stati definitivamente regolati dal diritto onorario.

Concludendo, l'attribuzione a Cesare si rivela, per la parte del testo più interessante (ll. 83-141), pressochè sicura, e le osservazioni intorno alla possibile influenza dei vari avvenimenti politici non possono spostare la realtà dei fatti. Piuttosto, può esser dubbio, se le disposizioni delle altre parti si considerano come pertinenti in origine a leggi diverse, quale ne fosse la data; ma di ciò in seguito.

La questione più difficile è senza dubbio la determinazione precisa della natura delle disposizioni incise sulla tavola e della ragione per cui vi si trovano insieme. A questo riguardo il Legras esamina con ogni cura le varie opinioni e le discute, affermando poi in fine una sua opinione nuova, senza dubbio degna della maggior considerazione, se pure - come a me pare - non accettabile.

La prima opinione esclusa è quella che riconosce nella tavola unità di oggetto, e quindi, tenendo soprattutto presenti le disposizioni delle ll. 83-141, vede nella tavola stessa la copia di una legge regolante la condizione giuridica delle comunità di cittadini romani. Il Legras ha perfettamente ragione, a mio avviso, quando esclude che le disposizioni delle ll. 20-83, dove sono trattate materie relative alla polizia di Roma, abbiano potuto trovar posto in una grande *lex municipalis*; la prima spiegazione del Mommsen, che con ciò Cesare tendesse a metter Roma sulla stessa linea dei municipia, è certo cervellotica. D'altra parte, una legge municipale, avente il vasto e generale contenuto che alla supposta si attribuisce, non pare sia mai entrata a far parte del sistema delle norme romane. Lo escludono sia i vari statuti speciali delle varie comunità, e specialmente la *lex municipalis Tarentina*, che determinò il mutamento di opinione del Mommsen, sia le iscrizioni nelle quali è dato cogliere in vari momenti storici l'ordinamento delle magistrature di molte comunità: le differenze notevoli fra l'una e l'altra comunità non possono spiegarsi da chi creda ad una grande legge comune.

Ciò posto, occorre vedere come mai disposizioni di natura diversa si trovino unite nella tavola. Esclusa l'opinione di Nipperdey e di Lange, secondo i quali si avrebbe una raccolta di varie leggi per uso di un collezionista privato, ed escluso anche il sistema della *lex saturata*, il Legras trova la soluzione ammettendo che agli abitanti di Eraclea sia stata fatta, dopo la guerra sociale, una posizione privilegiata: non si sarebbe data ad essi, come ad altre comunità, una

legge, ma si sarebbero soltanto indicate le norme di leggi romane, che erano ritenute più essenziali, e secondo le quali quindi la vecchia costituzione, pur restando in vigore nel suo insieme, avrebbe dovuto esser modificata. La data sarebbe dunque da porre nell'anno 664/90 (concessione della cittadinanza agli abitanti di Eraclea) o in età di poco posteriore.

La ipotesi non è certo di quelle, che possono facilmente contentar tutti. Il Kübler (*rec. cit.*) ha fatto acutamente osservare che non si vede la ragione per cui avrebbero dovuto i Romani considerare come norme di grande importanza, tali da esser tenute presenti in ogni costituzione municipale, quelle relative alla polizia delle strade, al diritto di passarvi con veicoli, all'onere del mantenimento del selciato, e così via: a buon conto, quelle norme erano state emanate con riguardo esclusivo alle speciali condizioni della capitale, ed è difficile ammettere che proprio un popolo di così alto spirito pratico come il romano abbia pensato ad applicare criterii prefissi ed uniformi in materia che ogni corretto sistema amministrativo abbandona alla iniziativa degli enti autarchici. Nè basta: anche le prime linee del testo conservato, riferentisi alle frumentationes, non sembrano tali da dover essere introdotte in quella compilazione di norme generali che il Legras riconosce nella tavola. In qualunque modo si intendano le disposizioni di quelle linee (e su questo punto è certo interessantissimo l'apposito commento del nostro A.), è difficile scorgervi disposizioni di così alto interesse generale, da doversi richiamare su di esse l'attenzione dei governanti della città: se pure si tratta di norme interessanti tutti i cittadini, abitanti o no in Roma, è evidente che sulla costituzione della città esse non hanno la minima influenza. La spiegazione resta dunque salva soltanto per le ultime parti della tavola, regolanti il decurionato, il rapporto fra il censo cittadino e lo statuale, i poteri dei magistrati legiferanti per i municipia fundana; ma alla spiegazione di queste norme e della loro pubblicazione giungevano con eguale facilità tutte le ipotesi prima proposte. Fra le quali ve n'è forse una, alla quale il Legras non ha dato (e neanche forse poteva dare, per i suoi criterii in riguardo alla data) tutta l'importanza che ha di fatto. È questa, a mio avviso, l'ipotesi del Marzoll e del Savigny, ripresa ora da Hackel e Girard, secondo la quale le disposizioni di vario contenuto comprese nella nostra tavola sa-

rebbbero state votate tutte insieme in una *lex satura*. Che questa ipotesi sia, esclusa la pretesa unità d'oggetto, l'unica spiegazione agevole del riavvicinamento di norme così diverse e della loro pubblicazione integrale in una città per cui molte fra esse non avevano nessuna importanza, può vedere facilmente chiunque. Le obiezioni del Legras non hanno a questo riguardo - mi pare - importanza decisiva: se è vero che disposizioni legislative mirarono di frequente a dichiarare incostituzionali le *leges saturae*, è più vero ancora - mi si passi la frase - che la frequente riaffermazione del divieto può trovare nelle contravvenzioni ad esso una spiegazione, altrimenti non agevole; e, se pure si voglia ancora accordare al Legras che una incostituzionalità non poteva essere commessa a cuor leggiero se non da un uomo la cui posizione politica fosse invincibile, l'aver mostrato ancora una volta le grandi probabilità che militano in favore della attribuzione a Cesare elimina anche questo scrupolo storico.

In ogni modo, la pretesa di risolvere con poche parole la *vexata quaestio* è ben lontana da questa recensione, che contiene - o dovrebbe contenere - la constatazione della vanità di ben maggiori sforzi verso la verità. Poichè è certo che, qualunque sia la soluzione che si voglia dare alla controversia, il libro del Legras è altamente pregevole: a parte qualche imprecisione in accenni ad istituti giuridici romani¹⁾, l'opera dimostra una così larga conoscenza delle fonti giuridiche ed epigrafiche ed un criterio storico così sagace, che è da

¹⁾ Ne noto qualcuno a caso. A pag. 59, a proposito delle azioni popolari procuratorie della tavola d'Eraclea: « C'est le droit de multa des magistrats accordé, dans des cas déterminés, à tout citoyen, sous la condition de faire reconnaître judiciairement la culpabilité du délinquant ». Resta a vedere quale sia l'essenza del diritto di multa, se la sua natura può riconoscersi quando tutti i presupposti mancano! — A p. 121, e cioè comentando la disposizione sulla incapacità degli auctorati, di colui che in iure abiuravit o bonam copiam iuravit, e simili: « La loi réunit dans ces lignes un certain nombre d'actes juridiques, qui ne sont ni des condamnations sur des actions privées ou dans un procès criminel, ni des situations de pur fait comme l'exercice d'un métier ». Che razza di significato ha qui la espressione *acte juridique*? — Ma la più grave svista è a p. 266, dove a proposito della esistenza di norme speciali per le singole comunità, è detto: « Mais la *lex civitatis* renferme encore à cette époque des règles juridiques à elle propres, qui constituent son *droit civil*, comme Gaius (D. 1, 1, 9) y fait allusion dans sa définition du *jus civile* » (sic!). — Anche la trascrizione della tavola a p. 13 sgg. non pare sufficientemente accurata, in confronto specialmente con le edizioni correttissime del CIL. e del DESSAU.

augurarsi che voglia il suo autore perseverare con eguale amore in questi studii di diritto pubblico, tanto interessanti anche per i romani che più tenacemente si attengono allo studio del diritto privato e in quello vedono soltanto una delle più importanti fra le discipline ausiliarie.

V. ARANGIO-RUIZ.

Otto Lenel. *Das Edictum perpetuum*. Ein versuch zu seiner Wiederherstellung, 2^a edizione. — Lipsia, 1907, p. xxvi-550.

La seconda edizione dell'Editto del Lenel apparsa sullo scorcio del 1907, a breve distanza dalla versione francese, ha per il mondo romanistico l'importanza d'un avvenimento solenne. Dopo un quarto di secolo dalla sua prima apparizione l'opera del Lenel, per quel vigoroso risveglio degli studi sull'editto che essa aveva promossi ed efficacemente indirizzati, era in molti punti già invecchiata. L'A. aveva potuto rinverdirla alquanto nella edizione francese, ma, com'è noto, non ebbe agio allora d'intraprendere una revisione particolareggiata; al desiderio vivissimo dei cultori del diritto romano ha corrisposto ora con signorile generosità.

Esteriormente il volume appare ampliato di 100 pagine, ma tenuto conto dei tipi un po' più grossi adoperatisi in questa seconda edizione, l'aumento effettivo dell'opera rimane di 80 pagine, principalmente assorbite dalle note aggiunte o ampliate, che rappresentano vivamente tutto il lavoro cospicuo sull'editto svoltosi negli ultimi 25 anni. L'accuratezza dell'A. è veramente mirabile anche per questo riguardo. Gli scritti più vari, di qualsiasi genere, storici o dommatici, grandi e piccoli, che hanno preso in esame direttamente materie edituali o contribuito indirettamente a chiarire una parola, una clausola, una dottrina, che ha relazione con l'Editto, sono dal Lenel studiati e vagliati con quella frase precisa e gagliarda che è propria al Maestro. Nei NACHTRÄGE (p. xiv-xvi) vi sono considerati i lavori apparsi nelle MÉLANGES Girardin, che videro appunto la luce un mese avanti dell'edizione stessa.

L'opera del Lenel raggiunge, per tal rispetto, quella stessa im-

portanza che le Pandette del Windscheid conseguirono nel campo della dommatica del diritto.

Ma le linee dell'opera rimasero quelle già note agli studiosi dalla prima edizione del 1883. La ricostruzione Leneliana si erige maestosa e salda come una quercia che protende le sue radici negli strati più profondi del terreno classico, e sta immobile al sicuro di frane o smottamenti. Il Lenel discute i singoli lavori; per via di essi chiarisce, controlla i risultati che aveva ricavati dalle fonti, che spesso dal dibattito escono rinvigoriti e più trasparenti. Che ciò non sia effetto di uno spirito conservatore, lo vedremo fra poco. Per ora si può agevolmente spiegare la cosa con una osservazione generale. Chi lavora in singoli punti dell'editto è facilmente tratto a dar rilievo a indizi appariscenti che spesso inducono in falsi cammini. Chi invece, come il Lenel, ne ha esaminato la struttura generale, sminuzzate con fine analisi le singole parti, per ricomporre gli sparsi elementi in un tutto organico, sa a colpo d'occhio, come il creatore d'un monumento, discernere la più lieve disarmonia che sfuggirebbe all'occhio più acuto e sperimentato. L'editto appunto è una codificazione formatasi lentamente, che ha quindi una solidità granitica per la tecnica particolare, per le forme e i mezzi perfettamente misurati e precisi che risaltano nei punti singoli e nel coordinamento dell'insieme.

Ciò spiega la stabilità delle linee generali dell'opera, cui or ora intendevo riferirmi.

Quanto ai particolari poi le innovazioni sono innumerevoli, i ritocchi continui anche in punti essenziali, perchè lo spirito eminentemente critico del Lenel è pronto ad accogliere nuovi risultati, sa i tormenti del dubbio, lotta con incessante alacrità per svelare i più ardui segreti; ove le fonti sono deficienti, incerte, ingarbugliate, tenta e riprova, disfacendo spesso quel che pur ieri aveva mutato. Così in vari punti la presente edizione si differenzia da quella pur recente in lingua francese, e rigetta opinioni ivi accolte, per riprendere, a volte, quelle esposte nel 1883. Un esempio cospicuo di quest'ultima categoria lo ritroviamo subito nella rubrica del 1° editto, dove abbandonata la intestazione « *ad legem municipalem* » è ristabilita quella primitiva; lo stesso per il *praeiudicium* relativo alla competenza del tribunale centumvirale (p. 504 e seg.). Congetture, interpretazioni, restituzioni di clausole edittali o di formale difese nella edizione francese sono

ora respinte: cfr. § 44 riguardo ad un punto della formula rescissoria; § 58 per le *interrogationes de facto* nelle azioni nossali; § 109 per il *beneficium competentiae* dei socii; § 225 sul valore della clausola « idque etiam adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo » nella chiusa dell'editto revocatorio degli atti fraudolenti.

Nella introduzione dell'opera alcuni punti fondamentali appaiono rifatti, soprattutto nel cap. III la importante discussione sul sistema generale dell'editto. A quali criteri è informato tutto l'ordinamento dell'editto? La risposta è nè facile nè sicura. Anche ora, come nella prima edizione, il Lenel critica a fondo la parte sostanziale della teoria del Rudorff, che aveva creduto poter distinguere nel corpo dell'editto due categorie principali, cioè: mezzi ordinari per la protezione dei diritti (azioni) e mezzi possessori (*missiones*); ma l'A. stesso poi ha su questo punto, in ognuna delle edizioni, sciolto il problema in modo diverso.

Nella prima rinveniva il principio direttivo della partizione nel contrapposto tra *iurisdictio* e *imperium*; nella edizione francese invece tra *iudicia legitima* e *imperio continentia*, mentre ora insegna che tutto l'ordinamento è guidato da un punto di vista processuale: le due parti principali dell'editto si riferiscono: 1° ai mezzi ordinari della *iurisdictio* che si esplicano secondo l'*actus rerum*; 2° ai mezzi processuali più rapidi (*iudicia recuperatoria*) che richiedono espletamento anche *extra rerum actum*. Anche nell'ordine delle materie presenta questa edizione degli spostamenti, in verità ben lievi; il § 43 '*quod falso tutore auctore [gestum?] esse dicatur*' è ora posto innanzi, non dopo, la *in integrum restitutio* dei minori; il § 59 *De vocazione*, ecc. occupava prima il posto del § 64; il § 112: *De aestimato* precedeva le formule *empti-venditi* e *locati conducti*, ora le segue; la *cessio bonorum ex lege Iulia* è trasportata dal § 206 al § 203.

Il contenuto di alcuni paragrafi è essenzialmente rinnovato; così per il § 57 ove, come già nella francese, si nega l'esistenza nell'albo di una formula della *condictio incerti*; nei §§ 67, 68 le stesse rubriche indicano le aggiunte inserite, in seguito ad una più adeguata valutazione di testimonianze classiche o bizantine; sotto la rubrica *de praedicatoribus* § 186 si riporta, come semplice congettura, il *praeiudicium quanta dos sit* di cui è cenno in Gaio IV, 44; nei §§ 199, 200, 202 si notano spostamenti e notevoli variazioni nel contenuto

rispetto ai §§ corrispondenti delle edizioni anteriori. Altre varianti appaiono nelle rubriche; nel § 124 è ora preferita la rubrica *arbitrium tutelae* ricavata dal Codice invece che quella *tutelae vel contra* del Digesto; e nel § 198, *de re iudicata*.

La redazione degli editti, ricostruiti in base alle testimonianze dei commentarii, ma anche di relazioni dirette delle fonti giustiniane, subì quae là ritocchi di forma e a volte anche sostanziali; così sulla guida dell'Eisele fu eliminato (cfr. §§ 11, 28, 61) costantemente il *vel*, preferito dai compilatori, invece delle particelle *aut*, *sive*, *seu* dello stile legislativo ed edittuale; nell'editto *vi bonorum raptorum* alla clausola *hominibus coactis* si sostituisce: *hominibus armatis coactis*; altre integrazioni appaiono nei §§ 40, 44, 238 e 248. Correzioni e varianti negli elementi delle formule sono anche frequenti: nella *negotiorum gestorum contraria* (p. 102) si pone in rilievo, in seguito agli studi del Segrè (per Moriani a. 1905) la clausola: 'quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est' (Gai fr. 2 D. h. t.); la quale viene a corroborare efficacemente la restituzione classica del fr. 5 § 5 D. 3, 5 altra volta da me fatta. Ulpiano scrisse certamente in quel fr.: 'in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit non habet contra me actionem', laddove i compilatori ampliarono il testo, in contraddizione con la formula, scrivendo: 'non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem' (cfr. BIDR. 18 p. 203). La stessa clausola appare come decisiva nell'*actio mandati contraria* (cfr. p. 287), laddove nella *contraria tutelae*, come avverte il Lenel (p. 309 n. 2), veniva probabilmente in considerazione lo '*impensum esse in rem pupilli*'.

Nella formula *depositi* riferita da Gaio IV, 47, il Lenel inclina ora (p. 279 n. 14) a non accogliere la clausola 'nisi restituet' che sull'esempio di Huschke è inserita generalmente nel testo gaiano; nella intentio della formula *mandati* respinge il termine *praestare* (§ 108), in quella *pro socio* le parole *pro socio* che appaiono superflue nella formula; nell'*actio subsidiaria* contro i magistrati per le obbligazioni del tutore si nota, in base ai nuovi frammenti di Strasburgo (Ulp. disput.) che il carattere sussidiario non emergeva dalla formula, chè invece era accordata mediante *causae cognitio in iure*.

Il contributo portato dal Lenel con la prima edizione dell'editto

alla critica delle iscrizioni dei Digesti, tante volte fallaci anche nel ms. più insigne, per incuria degli amanuensi, si accresce ora per nuovi esempi: cfr. l D. 19, 4 segnato Paolo 32 ad ed. invece di 34 (p. 290, n. 11; *Pal.* I, c. 1034 n. 2): V. F. 32, cfr. *Pal.* II, c. 451 n. 3. Lo specchio generale delle iscrizioni false non fu accolto in questa edizione, evidentemente perchè ora soccorre la *Palingenesia*; ma l'utilità dello specchio era evidente, in questo posto, perchè la ricostruzione dell'editto ha elevato questo ramo di critica su di una base infallibile, da cui poi si traggono aiuti validissimi nell'interpretazione dei testi.

Al movimento più recente della ricerca delle interpolazioni giustiniane nei brani classici l'impulso più potente venne dall'opera del Lenel nel 1883; perchè la ricostruzione degli editti e la conoscenza di elementi sicuri delle formule induceva ad indagini delicatissime nella forma originaria dei commenti edittali. La ricostruzione più progredita dell'editto non era possibile che lavorando negli strati più profondi delle opere giuridiche, rivolgendone tutti gli elementi per mettere in luce la forma originaria dei commenti dei giureconsulti. Il Lenel poté fin d'allora mostrare che un esame minuto dei testi, col sussidio di elementi svariatisimi, formali e sostanziali perviene, più di frequente che non si creda, a stabilire con certezza, altre volte con probabilità somma, le aggiunte o le soppressioni operate dai compilatori nei passi dei commentari; e non solo questo, ma l'indagine arriva a porre in evidenza, delle volte, anche le parole che i giureconsulti avevano scritto in quel dato luogo e che furono poi eliminate dai commissari bizantini. Ciò è possibile per quella precisa e perfetta formulazione degli elementi edittali, per la struttura dei comenti ordinati dai classici, particolareggiati, organici e sempre in perfetta armonia con il testo. Il giudizio del Mommsen sulla utilità di cotale indirizzo critico nello studio delle nostre fonti, riferito dal Bekker [*Zeitschrift SS.* vol. 25, p. 55] non poteva quindi produrre che stupore. *Noi potremo forse, diceva il Maestro, arrivare a determinare con relativa sicurezza che cosa fu interpolato ed in qual punto, ma potremo mai riuscire a sapere, quel che a noi più importa, che cosa fu eliminato e che cosa era esposto prima nel testo?* Il Bekker commenta con una frase epica quel giudizio, soggiungendo:

Kühn war das Mühen
herrlich der Lohn (?)

Dunque, un arringo di commentatori affannati, che perdono il loro tempo vaneggiando con sottigliezze e tormento di critica.

Quelle frasi, come era naturale, si ripercossero gagliardamente nell'animo di valorosi romanisti, i quali ne trassero sollievo.

Ma in verità quella sentenza, che pur è uscita dalla mente più universale del sec. XIX, riempie l'animo di tristezza. Tristezza sì, perchè tutta l'opera del Lenel prova il contrario. Tutto il valore della ricostruzione leneliana, il vantaggio che essa ha sulle precedenti è conquista sicura della scienza, ottenuta appunto con siffatto metodo di critica, che arriva non solo a secernere le sovrapposizioni dei bizantini dal fondo classico, non solo a chiarire gli sconvolgimenti, le fusioni, le eliminazioni da quelli operati, ma ardisce pure, con mirabile sicurezza, raccogliere tutto il pensiero, a volte la stessa parola dell'antico giureconsulto, ponendo in luce il costrutto originale del testo classico. Come si può ignorare tutto questo?

Nè vale recare esempi, perchè tutta l'opera offre un materiale ricchissimo, idoneo non tanto a provare in contraddittorio, ma a confondere lo scetticismo più desolato.

Si guardi il capitolo riferentesi all'*actio auctoritatis* (p. 517 e seg.), o l'altro che illustra l'interdetto Salviano (p. 470), ovvero il fraudatorio (p. 476), che possono essere indicati come modelli per la precisione del metodo e la evidenza dei risultati. Se si desiderano documentazioni per la critica di testi singoli restituiti al dettato primitivo, col sussidio degli elementi che emergono dagli stessi commentari, si confronti a p. 276 il fr. 30 § 4 D. 15, 1, malgrado il ripetuto dissenso del Sòlazzi; a p. 378 e seg. l'esame del fr. 2 pr. D. 47, 8; si chieda già al Cuiacio, come potè egli mai accertare, malgrado Giustiniano abbia sconsacrato la *conceptio formularum* come una *subtilitas super-vacua*, che le parole: *praetor ait, in edicto, hoc edictum* che si leggono nei Digesti, varie volte, vi rappresentano precisamente la *formula* ed il suo contenuto (cfr. fr. 1 § 3, 9, 1, Lenel p. 190, n. 9; fr. 38, § 11 D. 21, 1, Lenel p. 540, n. 3; fr. 25, § 9 D. 21, 1, Lenel p. 531, n. 5).

Le sentenza del Mommsen può dunque suscitare altro sentimento che non sia tristezza?

Passando oltre, possiamo ben indovinare quale poderoso sussidio abbiano dovuto arrecare alla revisione dell'Editto i risultati precisj

e più limpidi degli studi più recenti sulle interpolazioni giustiniane. Le prescrizioni stesse dell'editto si leggono ora assai spesso depurate dalle aggiunte Tribonianee; così gli editti *de in ius vocando*, *de postulando* (16), *de pecunia constituta*, *de sepulchro violato*, *de exercitoria actione*; ma in particolare poi le trattazioni relative alla *condictio incerti* e *certi* nei §§ 57, 95; alle *utiles vindicationes* (§ 69); ai rimedii escogitati dal pretore avverso gli atti fraudolenti dei debitori nei §§ 225, 268; alla famosa *actio praescripti verbis*, di cui il Lenel ora (p. 292, n. 1) difende, in seguito alla dimostrazione del Naber, la classicità, che è di nuovo vigorosamente negata da Audibert (*Mélanges Girardin*, p. 21); alla formidabile quistione sulla consumazione processuale dell'*actio de peculio*, che ormai, con la luce apportata dal fr. di Strasburgo delle Disput. di Ulpiano appare risolta (p. 275 seg.) in perfetta armonia con le dottrine fondamentali classiche; alla *utilis negotiorum gestorum actio* ovvero *utilis actio* ecc. contro curatori [p. 309]; tutte coteste trattazioni dicevo, hanno assunto una forma nuova, in cui discordanze gravissime, errori o dubbi di antica data si risolvono con semplicità.

Nell'editto edilicio (p. 529, n. 2) il Lenel nota la estensione delle disposizioni edilicie a tutte le vendite (*ceterae res*), operata da Giustiniano con le interpolazioni nei fr. 1 pr., 63 D. 21-1; ma nega l'alterazione nel fr. 49 nel quale egli osserva 'difficilmente vi si considera l'*actio redhibitoria*'. Certamente la parola *redhibitio* è usata tante volte dai giureconsulti nel senso generale di retrocessione della cosa venduta; ma io ritengo che nel fr. 49 si consideri proprio la *redhibitio* edilicia in senso stretto, estesa da Giustiniano pur agli immobili. Nel ritenere ciò traggio argomento, principalmente da una costituzione di Diocleziano, nella quale lo stesso caso trattato nel fr. 49, fu aggiunto al rescritto originario diocleziano.

Il confronto dei due testi chiarisce la cosa perfettamente.

D. 21, 1, 49, Ulp. VIII Disput.

Etiam in fundo vendito redhibitionem procedere, nequaquam incertum est, veluti si pestilens fundus distractus sit; nam redhi-

C. 4, 58 c. 4 Dioclet. et Max.

Si praedium quis sub ea lege comparavit, ut, si displicuerit, inemptum erit, id utpote sub conditione venditum resolvi *et redhi-*

bendus erit. Et benignum est dicere, vectigalis exactionem futuri temporis post redhibitionem adversus emptorem cessare.

bitoriam adversus venditorem competere palam est. Idem observatur et si pestibilis fundus, id est pestibulas vel herbas letiferas habens, ignorante emptore distractus sit; nam in hoc etiam casu per eandem actionem eum quoque redhibendum esse.

Il rescritto originale si riferiva alla vendita di un fondo, fatta sotto la condizione *si displicuerit, inemptum esse*. Questa particolare condizione risolutiva, frequente nelle compre di vini, schiavi o animali poteva apparire problematica negli immobili, ma l'imperatore decide: *resolvi palam est*. I compilatori vollero trarre quella decisione alla redibitoria edilizia e vi inserirono le parole: *et redhibitoriam adversus venditorem competere*; evidentemente questo nuovo rimedio doveva costituire un *trait d'union* per potervi attaccare l'altra decisione relativa al *fundus pestibilis*. Infatti nel titolo del Codice 'de aediliciis actionibus' occorreva ricordare che le norme edilizie trovano pure applicazione nelle vendite immobiliari; e siccome non era facile rinvenire un rescritto che vi si adattasse placidamente, si manipolò alla bisogna il fr. 49 di Ulpiano, che fu in seguito diluito nel Codice.

Nei due testi, in quello del Digesto ed il corrispondente del Codice gl'indizii della latinità bizantina abbondano: *redhibitionem* PROCEDERE (?) confr. D. 38, 2, 41: *aeque decreti remedium poterit* PROCEDERE (v. in generale Eisele. *Beiträge*, p. 234; Sckel nell'*Handlexikon* di Heumann v. *procedere*); *benignum est*; *competere* adoperato, inoltre, impersonale; *in hoc etiam casu*.

Non si può dubitare quindi che la redibitoria, di cui è menzione nel fr. 49, sia in verità quella edilizia.

Fra le nuove interpolazioni rilevate dal Lenel o accolte in questa edizione dagli studii più recenti, vanno inoltre notate quelle dei seguenti passi: fr. 11 pr. D. 3, 5 per le parole *qui apud hostes decessit* (p. 103, n. 2); fr. 3 § 4 D. 4, 7 (p. 121 seg.); fr. 14 § 13 D. 11, 7 (p. 224); 2 § 8 D. 13, 4 (p. 240); fr. 3 § 2 D. 13, 6 (p. 246, n. 1); fr. 1 § 23 D. 16, 3 (p. 247, n. 2 e 280, n. 5); fr. 13 § 1 D. 14, 3 (p. 252);

fr. 53 § 2 D. 50, 16 (p. 316); fr. 1 D. 47, 7 (p. 326); fr. 25 § 2 D. 29, 5 (p. 352); fr. 63 D. 24, 1, dove il Lenel leggerebbe ora il responso Neraziano in forma negativa: 'dicendum est agi *non* posse'; ma l'interpretazione che del testo dà il Lenel è impossibile, per gli stessi elementi che contiene il responso; ed invero, l'inciso ut... detractum alicuius usus esse possit - rimane perfettamente inutile con la ricostruzione proposta, cosa questa veramente grave in un responso elaborato con precisione singolare; ma di ciò sarà meglio discorrere in luogo più opportuno.

Tra le glosse merita speciale menzione quella messa in bella luce dallo Scialoja, nell'edictum de feris; ove le parole *vel minorem* si attribuiscono all'amanuense che era in dubbio sulla interpretazione di una parola del testo.

I documenti egiziani, omai innumerevoli, nessuna luce riflettono sulle materie dell'editto; ciò è ben naturale, perchè essi ci rappresentano di regola il diritto greco-egizio ed in ogni caso nulla hanno che vedere con la giurisdizione del pretore urbano; così il Lenel (p. 495, n. 10) nega qualsiasi relazione con i formulari vadimoniali agli atti raccolti da Wenger (*Papyrusstudien*, p. 61 e seg.), e per la *duplae stipulatio* edilicia avverte (p. 541) che i nuovi documenti confermano le conoscenze che già avevamo in proposito. Gli sparuti residui peraltro di scritti di giureconsulti romani, di una *oratio* forse di Claudio (BGU. nr. 611), di costituzioni di Caracalla relative alla *praescriptio longi temporis* (BGU. nr. 267; Pap. G. di Strasb. nr. 22) hanno illuminato vari punti dell'editto, come la competenza dei *recuperatores* nel processo della libertà (p. 27); l'actio de peculio; l'actio subsidiaria contro magistrati, ed in certa maniera anche la exceptio annalis.

Invece le notizie che forniscono gl'interpreti greci di editti e formole sono apprezzate ora dal Lenel come elementi di prim'ordine per la restituzione dell'editto. Il progresso della presente edizione sulla prima è in questo senso degno di rilievo. Nella 1^a edizione il Lenel aveva addimostrato una diffidenza spregiante per i Greci, in ordine a siffatte cognizioni. L'opinione allora dominante infatti insegnava, col Mommsen, col Krüger e collo Zachariä, che la sapienza dei Greci, sparsa nelle annotazioni, si doveva unicamente attribuire agli studi fatti dagli interpreti sulla compilazione nel corso nel se-

colo vi risalendo fino a Teofilo, e che i Greci quindi nulla avessero conosciuto al di fuori del Corpus iuris. Da queste premesse erano logiche le conseguenze. Il Lenel ha frasi dure per i Greci. 'Stefano nulla sapeva del contenuto dell'Editto' (*Zeitschrift S. S.* II, p. 80, 81), così egli si esprimeva a proposito della formula prohibitoria, la cui esistenza quindi era negata nell'Editto (p. 149).

In questa seconda edizione invece (§ 72) come già nella francese, (confr. *Z S. S.* vol. XII, p. 1 e seg.) la ἀγωγή προῖβτορία vi ha trovato posto onorevole. Ma inoltre l'autorità di Stefano (?) è invocata a p. 292 per la formula dell'actio praescriptis verbis [B. XI, 1, 7 sch. 1 - Heimb. I, p. 560 in princ.]; a p. 242 per l'esistenza di una clausola nell'editto de pecunia constituta [B. XXII, 5, 34 - Heimb. II, p. 559]; a p. 119 per la denominazione di Publiciana (rescissoria) della formula per la *in integrum restitutio* in favore dei maiores XXV annis (B. XIV, 1, 57 sch. - Heimb. II, p. 138); a p. 271 per la unicità della formula de peculio e de in rem verso [Suppl. Zachariä p. 223 sch. 140]; a p. 273, per la concezione della formula de peculio [B. XII, 1, 61 sch. 9 - Heimb. I, p. 768]; p. 319 per la tassazione nella formula furti nec manifesti [B. XXII, 6, 9 sch. 2 - Heimb. II, p. 583]; a p. 356 per una formula arbitraria proposta nell'albo contro l'usufruttuario [Suppl. Zachariä p. 70; cfr. De Ruggiero, *Studi in onore di Scialoja*, vol. 1, p. 80 e seg.].

Di più, un elogio singolarissimo tributa ora il Lenel p. 489 a Taleleo, che dice 'sempre bene informato' a proposito della unità della exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae; ed una esplicita testimonianza di quest'interprete mette fuori dubbio, anche per il Lenel p. 309, ciò che fu posto in luce dall'Alibrandi, che, riguardo alla cura l'albo non aveva una speciale formula, ma si applicava contro il curatore la negotiorum gestorum directa [Suppl. Zachariä p. 158 sch. 21]; sull'autorità di Teofilo II, 23, 4, 'che attinge a buona fonte la notizia' (p. 180) si parla di utiles actiones proposte pro e contro il fidecommissario; e sulla fede di uno scholio in B. XXXIX 1, 6 (Heimb. 4, p. 5 in med) si aggiunge nel § 161^a un editto *de postumis*, di cui appena vi ha traccia nel commentario di Ulpiano.

Altre volte poi le testimonianze degli scoliasti sono apprezzate a conferma della esistenza o semplicemente della forma di elementi edituali; così per la rubrica dell'editto al § 180 (p. 372 n.); per la for-

mula furti nec manifesti (p. 317 n. 4); per la nova clausula Iuliani (p. 335); per la concezione della formula *Fabiana* (p. 340 n. 3); per la denominazione tecnica 'actio arbitraria' data alla formula 'de eo quod certo loco dari oportet' (p. 239).

Il valore dunque delle fonti bizantine per la conoscenza di materie edittali è altissimo. La documentazione che ne ha fatta il Lenel è diretta e quindi più efficace di qualsiasi studio speciale; la pretesa ignoranza dei Greci riguardo alle fonti pregiustiniane, o per esprimere il concetto con le parole del Mommsen [praef. Dig. p. Lx] 'la loro diligenza accoppiata *cum absoluta iuris antiquioris omniumque omnino quae extra Corpus iuris posita essent ignoratione*,' è da relegarsi nel mondo delle favole. E questo è progresso tangibile e di non poco rilievo della scienza più recente; il merito d'averlo reso visibile spetta al Lenel, i nomi dell'Alibrandi e del Ferrini tengono il posto d'onore in questo nuovo indirizzo, come il Lenel rileva ad ogni passo.

Se abbiamo detto abbastanza delle innovazioni arrecate dall'A. a questa seconda edizione, e del progresso generale di tutta l'opera, non occorre fermarci oltre a dar notizia delle dottrine note. Su due punti, che il Gradenwitz di recente [*Zeitschrift S. S.* XXIV, p. 238 e seg.], indicava come insuperati dalla critica moderna, cioè la concezione dell'editto publiciano e della formula arbitraria, gl'insegnamenti del Lenel sono riprodotti immutati dalla recensione francese.

L'editto publiciano, anche ora, è ricostruito nella forma: 'Si quis id quod mancipio datur traditum ex iusta causa *cel*' e si respinge quella redazione che presso gli studiosi ha avuto più largo consenso, cioè: 'Si quis id quod traditum erit ex iusta causa' (confr. Girard. *Textes*, p. 197 ed ivi cit.); la quale redazione peraltro può invocare l'appoggio validissimo di Gaio IV, 36, che nel descrivere la formula si riferisce avanti, con evidenza, alla norma edittale.

La restituzione del Lenel poteva sembrare plausibile col supposto di due clausole, relativa una alla traditio di *res mancipi*, l'altra alla *emptio bona fide a non domino*; ma lasciata cadere quella ipotesi, il riferimento esclusivo dell'editto alle *res mancipi* è insufficiente; che l'estensione dell'actio all'altra categoria sia opera della giurisprudenza appare problematico.

Riguardo all'actio arbitraria 'de eo quod certo loco' (§ 96) il Lenel osserva che nelle fonti è raffigurata come l'actio arbitraria per

autonomasia, ma il termine sarebbe adoperato qui in altro senso. L'arbitraria in senso tecnico avrebbe caratteri essenzialmente distinti dall'*arbitratus* delle formole petitorie, dove la clausola si risolve nella facoltà accordata al convenuto di eseguire la prestazione naturale evitando così la condanna.

Invece la formula 'de eo quod certo loco' concede al giudice piena libertà di valutare l'interesse del convenuto ed insieme dell'attore, determinando così liberamente la somma della condanna: *aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur* (p. 238). Or cotesta funzione così diversa della clausola *arbitraria* non persuade facilmente. Bisognerebbe acconciarsi all'idea che i classici non abbiano avuto che un concetto indeterminato, variabile dell'*arbitratus*.

Ma a parte questo, altro rilievo è più urgente. Sorprende cioè che il carattere che l'actio arbitraria avrebbe nel diritto classico, secondo l'insegnamento del Lenel, è poi giusto quello che Giustiniano pone in evidenza nelle Istituzioni, come proprio della categoria delle *actiones arbitrariae*. Il passo delle Istituzioni IV, 6, 31 ha di sicuro un fondo classico, ma, come egregiamente dimostrò il Lenel stesso [*Beiträge*, p. 79 e seg.]; gli elementi sovrapposti dai compilatori sono evidenti, e si riscontrano appunto nelle parole: *id est ex arbitrio iudicis pendentes*; inoltre nella menzione della nostra formula: *item cum id quod certo loco promissum est petitur*; ed infine nella chiusa del testo, ove la generalizzazione di carattere legislativo e forse di nuova creazione si coglie evidente. È Giustiniano che scrive: *In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat*. Or la coincidenza della dottrina giustiniana con quella attribuita dal Lenel alla formula in discorso induce grave sospetto; che deve poi elevarsi ad un grado massimo, ove si consideri che appunto nel fr. 2 § 8 h. t. i compilatori hanno sentito il bisogno di manipolare il testo di Ulpiano, che iniziava l'esame dell'*officium iudicis huius actionis*; la interpolazione è segnata dal Lenel p. 240. Anche la chiusa del fr. 4 h. t. 'In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex qui huic actioni addictus est, non è al sicuro da ogni sospetto; la decisione del testo è troncata, mentre la posizione del quesito richiedeva una risposta precisa; il quoque poi è significantissimo.

Tutto ciò autorizza a ritenere che nella compilazione si volle intendere l'arbitratus in una funzione ben diversa e nuova; cioè nel senso che il giudice in questa categoria di azioni ha il potere di *aestimare ex bono et aequo*.

E vi ha di più: i compilatori, assai spesso, nei testi classici relativi a formule petitorie, hanno rigettato l'*exceptio doli* come superflua, notando che l'*officium iudicis* soccorre pienamente, in tali azioni, per qualsiasi esigenza di equità. E movendosi in quest'ordine di idee, il Pernice, l'Appleton, l'Erman, in gradazioni diverse, hanno preso un abbaglio madornale, insegnando che la clausola arbitraria riuscì nel periodo della giurisprudenza classica ad ampliare i poteri del giudice, in misura perfettamente analoga alla clausola 'ex fide bona'. Il Pernice finì col leggere al rovescio i passi genuini, ritenendo in essi interpolata la menzione dell'*exceptio doli*!!

Or a me pare che tutta la materia delle formule arbitrarie abbia subito per opera dei compilatori una trasformazione essenziale; e credo quindi che le fonti in proposito hanno bisogno di indagini nuove e più profonde.

Nell'annunziare l'edizione dell'Editto del Lenel in questo Bullettino è lungi da me la presunzione di aver potuto ritrarre, con cenni così modesti, l'immenso progresso della medesima di fronte alle precedenti. Opere così poderose dovrebbero soltanto essere annunziate agli studiosi, perchè qualsiasi sforzo di recensente deve riuscire inane rispetto alla gravità del compito.

Ma quel che ho potuto porre in rilievo, se dà pur un'idea sbiadita dell'insieme, può ritenersi sufficiente, ove si consideri che l'opera, la quale col suo primo apparire diede impulso potente agli studi del diritto romano classico, ha nella letteratura della nostra scienza l'importanza d'un codice antico, non ritrovato a caso bensì creato dal genio dell'uomo; e questo codice, che ha dato all'A. la gloria più alta e luminosa che mai si possa conseguire, è tutti i giorni nelle nostre mani, la guida più sicura dei nostri studi.

S. RICCOBONO.

Le régime des mines à l'époque romaine et au moyen âge d'après les tables d'Aljustrel par J.-B. MISPOULET. — Paris, Larose et Tenin, 1908, p. 119.

Nel pubblicare, l'anno decorso, in questo *Bullettino*, la nuova iscrizione d'Aljustrel, scoperta nel 1906, in Portogallo, secondo il testo edito dal Cagnat nel *Journal des Savants*, 1906, pp. 441, 672, esprimevo il parere che la nuova iscrizione non potesse essere un frammento di quella scoperta parimenti in Aljustrel nel 1876. Sono lieto che questa opinione trovi conferma nel libro presente del Mispoulet.

Il valoroso e benemerito autore delle *Istituzioni politiche dei Romani*, ben note ai cultori delle antichità romane, non si limita peraltro nel suo scritto ad esaminare il contenuto della nuova iscrizione di Aljustrel, ma studia tutto il regime minerario all'epoca romana e medievale. Il suo lavoro si divide in quattro parti. Nella prima (capitolo I e appendice VI) il M. esamina il nome e il carattere della *lex* contenuta nella nuova tavola e nella quale riconosce la *lex metallis dicta* menzionata espressamente nella tavola del 1876. Essa, sebbene non regga che il distretto minerario di Vipasca, può considerarsi come un regolamento-tipo applicabile alle miniere d'argento e di rame appartenenti al fisco. La tavola scoperta nel 1876 invece contiene una *lex* che si può chiamare *locationis conductionis* o, con maggior precisione, *lex territoris metallorum vipascensium dicta*, poichè aveva per oggetto, nel suo complesso, l'ordinamento delle miniere di Vipascum in comune amministrativo ed era analoga alle *leges municipales* concernenti le colonie e i municipi. Queste due leggi d'Aljustrel, differenti nella forma e nel fondo, erano però così strettamente collegate fra loro che non si potrebbe concepire l'una senza l'altra, ed anzi la tavola del 1876 suppone l'esistenza della *lex metallis dicta*. Qual'è la data delle due leggi? La *lex metallis dicta* fu incisa sotto Adriano, mentre quella del 1876, per comune consenso degli epigrafisti più autorevoli, rimonta alla fine del primo secolo; però il M. dimostra (fondandosi sopra il § 2 della tavola del 1906) che la *lex metallis dicta* deve essere anteriore ad Adriano, ma fu da lui rimaneggiata o quando venne costituito il distretto minerario d'Aljustrel, ovvero posteriormente.

Nella seconda parte del libro si contiene la traduzione e il com-

mentario della *lex metallis dicta*, nel quale l'A. si serve delle notizie fornite dalla *lex locationis* del 1876 e degli statuti minerari del medioevo. Nella terza parte (capitolo III), il M., fondandosi sul nuovo statuto d'Aljustrel, ricerca quale fosse il regime minerario secondo la legislazione romana nel periodo che dalla fine della repubblica si estende fino al IV secolo dell'era cristiana, e in quello che dal IV secolo finisce con il regno di Giustiniano. Il regime minerario che la tavola del 1906 ci rivela è il seguente: la miniera è del primo occupante, che sebbene si chiami *colonus* o *occupator*, non è un fittavolo, perchè gode di un *ius perpetuum* simile a quello del *possessor* dei *saltus* africani; esso può vendere o donare il suo diritto ed anche trasmetterlo ai suoi eredi. Ad esso spetta la metà del minerale, l'altra metà al fisco; sicchè riscontriamo in questi rapporti una specie di mezzadria, come nei domini imperiali dell'Africa. L'occupante deve inoltre adempiere gli obblighi contenuti nello statuto, dei quali il più essenziale consiste nel dover esercitare la miniera senza interruzione, sotto pena di decadenza. Questi piccoli capitalisti hanno la facoltà di unirsi in società e la tavola di Aljustrel ci rivela la costituzione speciale di queste *società minerarie*, istituzione che forma l'interesse principale del nostro documento. Di cotesto regime minerario peraltro, così semplice e così pratico, nessuna menzione esplicita è fatta nei testi giuridici; ed è naturale, osserva il M., perchè siffatti regolamenti amministrativi sfuggivano alla legislazione vera e propria e non entravano nei quadri del diritto civile.

Il regolamento d'Aljustrel, invece, forma il prototipo degli statuti minerari del medioevo, che l'A. esamina nella quarta parte del suo lavoro, e nei quali egli ritrova le sue disposizioni più importanti, principalmente le società minerarie, chiamate *communitates* in Italia e *Gewerkschaften* in Germania. Cotesti statuti medievali hanno adunque una origine romana e non germanica o slava, come fin qui generalmente si ammetteva, ma come la tradizione romana si sia trasmessa al medioevo, non è facile dimostrare; peraltro è possibile che, anche dopo le invasioni barbariche, le miniere abbiano continuato ad essere esercitate secondo le antiche norme. Ammessa però l'origine romana di questi statuti, un'altra indagine resta a farsi ed è questa: i Romani sono i veri autori di questo regolamento minerario, ovvero ne hanno tolti gli elementi ad altri popoli? A questa domanda l'A.

non crede si possa dare una risposta perentoria, ma reputa probabile che i Romani, nei rispetti del regime giuridico delle miniere, siano tributari dei Greci e dei Cartaginesi.

Le sei appendici, con le quali finisce il libro, contengono: i documenti minerari di Trento e di Zezen (Carinzia); gli statuti di Massa Marittima; di Valle di Chiesa (Iglesias) in Sardegna; d'Iglau in Moravia e il testo della tavola di Aljustrel del 1876.

Tale è rapidamente riassunto il contenuto di questa bella monografia del Mispoulet, nella quale si riscontrano la soda dottrina, la chiarezza, la precisione della forma e la profonda conoscenza del tema e dei lavori moderni che la riguardano (perchè al M., così diligente nelle indicazioni bibliografiche, è sfuggito il lavoro di C. Re sulla *tavola vipascense* [Archivio giuridico, 1879, vol. 23, pp. 327-338]?), qualità, del resto, comuni a tutti i suoi numerosi lavori. Ed egli ha ben ragione di dire che l'iscrizione di Aljustrel, la quale suggerì a lui soluzioni nuove e persuasive, in cui trovò sagacemente un anello di congiunzione fra l'antico mondo romano e il medioevo, offre interesse non solo per i giuristi, ma altresì per i cultori degli studi storici ed economici. Così possa egli darci presto qualche altro lavoro, per interesse e per dottrina, simile a questo.

LUIGI CANTARELLI.

P. F. Girard, *Un Document sur l'édit antérieur à Julien. Valerius Probus de litteris singularibus* 5, 1-24. Aus Römischem und Bürgerlichem Recht, p. 23 a 56 del volume in onore di E. I. BEKKER, 16 agosto 1907.

L'opinione dominante ritiene che Giuliano nel coordinare l'editto tralatizio abbia lasciato immutato il sistema e la distribuzione interna delle materie, quali si erano venuti svolgendo per l'attività dei pretori nel lungo periodo di formazione, limitandosi a lievi ritocchi per via di aggiunte, soppressioni e spostamenti.

Nè rileva, osserva per esempio il Lenel [Ed. p. 18 n. 2], che Giuliano sia magnificato da Giustiniano (come già da Eutropio e Aurelio Vittore) quale *ordinator edicti*, perchè niuno vorrà credere che le frasi di questi scrittori pretendano rispecchiare con perfetta misura il contri-

buto personale del grande giureconsulto nell'opera. Ma già nel 1882 il Wlassak [*Edikt und Klageform*, p. 22 seg.] aveva messa avanti l'ipotesi che nell'editto pregiuliano le formule delle azioni si trovassero in tavole distinte dalle norme edittali, e che la fusione dei vari elementi in un tutto organico sia appunto opera di Giuliano.

Siffatta ipotesi fu ripresa dal Girard nella recensione alla edizione francese dell'editto del Lenel [*Nouvelle Revue hist.* vol. 28, p. 117-164] e più direttamente ora nell'articolo citato, dedicato a dimostrare con elementi positivi che nell'editto anteadriano le formole dovevano trovarsi riunite in appendice al programma del pretore. La prova ne sarebbe fornita dalle note di Probo, di cui il paragrafo relativo agli editti perpetui riporta, secondo i mss. più puri, 24 note, senza alcuna traccia di formole. Il grammatico del tempo di Nerone avrebbe, secondo inclina a ritenere il Girard, estratte le sue note forse dal commentario *ad edictum* di Sesto Pedio, nell'ordine stesso come si trovavano nel suo esemplare; ed i residui a noi pervenuti di questo paragrafo si riferirebbero appunto ai primi editti, cioè ai §§ 1, 2, 3, al tit. X *de in integrum restitutionibus*, e finalmente al § 51. Si comprende agevolmente tutta la forza che il Girard vuol trarre da questo fatto: le note di Probo sono a noi giunte in piccola parte ed in maniera frammentaria, secondo Girard fino al tit. XII; si riferiscono tutte all'editto, sono raggruppate nell'ordine stesso che avevano nell'esemplare; se ne deve quindi dedurre necessariamente che nel commentario di Pedio, e quindi nell'editto pregiuliano, le formole delle azioni dovevano trovarsi riunite in altro posto, in fine dell'albo, a guisa di appendice.

La dimostrazione del Girard procede serrata sulla base di cotesti elementi, che combinati insieme e con quell'arte ed eleganza non comuni, abbagliano.

Or dell'editto pregiuliano noi abbiamo testimonianze sparutissime, ma ciò nonpertanto una cosa è fuori dubbio, anche per il Girard, cioè che la redazione giuliana così per l'ordine come per la concezione delle norme era uno specchio quasi fedele dell'editto tralaticio. Se ciò è vero, la brillante scoperta del Girard doveva trovare riscontri continui e conferma diretta negli elementi edittali più sicuri a noi pervenuti che si contengono nei comentarii dei giureconsulti romani.

Il Girard ha visto l'importanza di questo argomento e non l'ha trascurato. Ma in effetto non vi ha trovato quel conforto che si poteva attendere; scarsi i riscontri e questi in qualche punto parlano contro.

Osserviamo i principali.

Il Girard riferisce le note 9, 10, 11 all'editto *de damno infecto* riguardante la giurisdizione municipale I, 3, e richiama per riscontro il fr. 4 § 7 D. 39, 2 di Ulpiano 1 ad ed. che contiene la frase: *quae supra scripta sunt* corrispondente alla nota 9, ed il fr. 7 pr D 39, 2 di Ulpiano 53 ad ed. che ha le clausole delle note 10 e 11, cioè '*iusta causa esse videbitur*' e l'altra: '*non calumniae causa*'. Che cosa si può ricavare da questa documentazione? Naturalmente solo questo, che la nota 9 potè essere estratta dal § 3 dell'editto e le note 10 e 11 invece dal § 175, riportandoci alla ricostruzione leneliana. Il commentario di Ulpiano non autorizza a ipotesi diverse. Ma queste conclusioni così semplici avrebbero sconvolto tutto il piano del Girard, cosicchè egli è costretto ad attribuire quel gruppo di note al § 3 (cfr. p. 35, 38), salvo poi ad avvertire a p. 30 n. 2 quanto segue: « Nous ne méconnaissons pas naturellement que les trois termes ne se trouvaient sans doute pas tous trois aux deux endroits de l'Album, puisque le n° 9 ne se trouve pas dans la version de l'édit du titre XXIX donnée par Ulpien, D. 39, 2, 7 pr. et que le prêteur ne déléguaît pas aux magistrats municipaux le droit de prononcer le second décret auquel se rapporte le n° 10. Mais il suffit pour le groupement qu'ils se soient trouvés dans l'un ou l'autre des deux édits. Tout au plus pourrait-on se demander si le rapprochement vient du jurisconsulte ou du collecteur d'abréviations auquel ces rapprochements sont familiers » (p. 34 et ss.).

Or, evidentemente, questi calcoli approssimativi non possono appagare la nostra curiosità scientifica; perchè, si badi, con questo gruppo di note il Girard inizia la sua dimostrazione (p. 30), ed il risultato che ne trae costituisce una pietra angolare per tutti i riferimenti successivi. Se, come il Girard rileva in questo stesso primo esempio, il raccoglitore delle note combinò di frequente le abbreviazioni con altri criteri, non è logica la conseguenza che l'ordine ed i raggruppamenti di esse non possono servire per la conoscenza più precisa - è questa appunto che il Girard vuol porre in rilievo - del

sistema dell'editto pregiuliano? Se supponiamo infatti, quel che è più logico supporre in base ai riscontri col commentario di Ulpiano, che le note 10, 11 siano state estratte dal tit. XXIX dell'editto, commentato appunto da Ulpiano nel l. 53, tutto il piano del Girard rimane sconvolto, perchè tra i primissimi gruppi si troverebbero abbreviazioni tratte dalla seconda metà dell'Editto.

Così, seguitando, il Girard riferisce il gruppo 16, 17, 18 al § 43 del tit. X de in integrum restitutionibus; difatti le frasi delle note 17 e 18 sono attestate effettivamente in quel posto dal commento di Ulpiano [cfr. Lenel, *Pal. Ulpiani* n. 423 e Rubrica D. 27, 6] ma per la clausola racchiusa nella nota 16: *sine tutoris auctoritate* non si riscontra alcuna documentazione visibile; nè la illazione, basata su l'affinità dei termini, può menarsi per sicura in una indagine così delicata.

Dalle note 12 e 13: *consilium cepit - fraudare creditores* il Girard trae un argomento indipendente che dovrebbe essere per sè stesso decisivo in favore dell'esistenza e della collocazione della norma che garentiva la *restitutio in integrum ob fraudem creditorum* la quale sarebbe da distinguere, tanto dall'*actio Pauliana* che dall'*interdictum fraudatorium*. Come è noto il Lenel ritiene che la restituzione era promessa nell'Editto, ma solo in favore del *curator bonorum* e si trovava nella norma proposta sotto la rubrica: *quae fraudationis causa gesta erunt* (§ 225). La dimostrazione del Lenel, del resto vivamente contrastata, rimane sempre la più persuasiva come quella che poggia su di una analisi veramente mirabile dei frammenti che vi si riferiscono. Il Girard argomenta in contrario in una forma semplicissima: se esisteva, egli dice, un editto che prometteva la *in integrum restitutio* ai creditori del *fraudator* esso doveva trovarsi necessariamente sotto il titolo *de in integrum restitutionibus*, e le note 12, 13 che leggiamo appunto nella parte preliminare dell'albo, nella regione delle *in integrum restitutiones*, sono testimonianze sicure per il posto che occupava l'editto in discorso.

L'argomento decisivo del Girard, dunque, come già del Solazzi [Buletino vol. XV, p. 144] è costituito dalla presunta inalterabilità del sistema dell'editto. Chi non ha fede assoluta nel rigore sistematico dell'editto, come non l'ha il Lenel, può bene rimanere d'altra opinione; infatti il Girard non ha potuto nemmeno qui aggiungere

nessun argomento tratto dai comentarii per suffragare la *necessità* che il nostro editto abbia avuto posto nel titolo X. Questa materia fu di sicuro profondamente rimaneggiata dai compilatori, ma è davvero singolare il caso che della trattazione originaria di Ulpiano non sia rimasta alcuna traccia, per quanto velata, in *sede materiae*.

Diciamo dunque che veramente nella dimostrazione del Girard mancano gli anelli più saldi; quei riscontri che i gruppi di abbreviazioni avrebbero dovuto avere soprattutto col commento d'Ulpiano all'editto. Lo stesso Girard (p. 34, 35) è costretto a riconoscere tante e tante eccezioni nell'ordine costante delle note di Probo che la regola ne resta affogata. Il vero è che il collezionista traendo i suoi elementi dall'editto doveva poi ravvicinare e fondere (l'avverte già il Girard p. 33) abbreviazioni tratte da luoghi diversi e raggrupparle secondo la coincidenza delle iniziali, o in base a dati accidentali che perciò stesso sfuggono alla nostra osservazione. Così le note 14 e 15, ricavate certamente da altre fonti, si trovano commiste agli elementi dell'editto. Come possiamo dunque fare a fidanza con l'ordine stesso di quelle note e con i raggruppamenti a noi pervenuti per ricostruire singoli editti senza l'appoggio di altri dati più sicuri?

Le eleganti investigazioni del Girard ritengo quindi che abbiano un valore particolare; ma solo in questo senso, che ci hanno dimostrato ancora una volta come tutte le nostre cognizioni sull'ordinamento dell'editto avanti Giuliano essendo labilissime, il voler affermare qualcosa di preciso non è scevro di pericolo; e che in ogni caso le ipotesi nuove possono solo allora acquistare una certa consistenza, quando siano confortate dagli elementi più sicuri che dell'editto sono a noi pervenuti.

S. RICCOBONO.

BIBLIOGRAFIA ¹⁾

I. — Libri ²⁾.

ABELE TH. A. Der Senat unter Augustus — Paderborn Schöningh '07, p. VIII-78, M. 2.40.

ABENDROTH M. Der totgegläubte Noterbe nach römischem, gemeinem und bürgerlichem Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Irrtum (Dissert.) — Borna-Leipzig Noske '07.

ADAM L. Ueber die Unsicherheit literarischen Eigentums bei Griechen und Römern — Düsseldorf Schaub '07, p. 220, M. 4.

ALLARD P. Les dernières persécutions du III^e siècle (Gallus, Valérien, Aurélien), 3 éd — Paris Lecoffre '07, p. XXIII-437 in-12, fr. 6.

ALTAMIRA R. Les lacunes de l'histoire du droit romain en Espagne — in MÉLANGES FITTING, p. 26.

ALTENRATH J. Grundlage und Wirkung des Schiedsspruchs. Historisch und dogmatisch dargestellt (Diss.) — Berlin Heymann '07, p. VII-62, M. 2.

ANDRICH G. Introduzione allo studio del diritto italiano — Milano Hoepli '08, p. XV-227 in-24, L. 1.50.

APPLETON CH. La loi *ex parte* et la IV^e Leçon de Dumoulin à Dole — in MÉLANGES FITTING, p. 25.

ID. Nouvelles observations sur la loi Furia de sponsu — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 19.

ARANGIO-RUIZ V. Sulle azioni confessorie e negatorie — in NOZZE

¹⁾ Questa Bibliografia principia coll'anno 1907 ('06-07 pei periodici). Il redattore si propone di continuarla e si lusinga anche di potere, in avvenire, colmare le precedenti lacune. Sarà grato a chi, nel comune interesse, vorrà inviargli (presso l'Università di Torino) notizie speciali. Ha compreso pure il diritto greco, per note ragioni intrinseche e di opportunità.

²⁾ Il formato non indicato è generalmente l'8°. Sono esclusi gli estratti di pubblicazioni periodiche, valendo per essi la II^a parte di questa Bibliografia.

FEDELE-DE FABRITIIS, Scritti di Storia di Filologia e d'Arte, Napoli Ricciardi '08, p. 21.

ARE G. vedi TEORIA DELLA PROPRIETÀ.

ARNÒ C. Di una interpolazione certa nella C. 4 *de peric. et comm. rei vend.* Cod. 4.48 — in MÉLANGES FITTING, p. 7.

AUDIBERT A. Sur les différents noms de l'action praescriptis verbis — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 22.

ID. L'expression *civilis in factum*. Son caractère byzantin — in MÉLANGES FITTING, p. 24.

AUS RÖMISCHEM UND BÜRGERLICHEM RECHT: E. I. BEKKER... überreicht von F. BERNHÖFT, P. F. GIRARD, O. GRADENWITZ, E. HÖLDER, P. KRÜGER, R. LEONHARD, L. MITTEIS, E. RABEL, E. SECKEL, A. VON TUHR, L. WENGER, E. ZITELMANN — Weimar Böhlau '07, p. VII-410, M. 10.

BACK A. Die zivilrechtliche Kautionspflicht des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Dissert.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. VI-66.

BARBAGALLO C. Contributo alla storia economica dell'antichità (Prezzi del vino, dell'olio, ecc.) — Roma Loescher '07, p. VII-87, L. 3.

ID. I prezzi delle frutta nell'antichità classica — in XENIA ROMANA, Roma Albrighi Segati '07, p. 10

BARTELS F. Der Entschädigungsanspruch des durch Originärerwerb Enteigneten im römischen u. bürgerlichen Recht (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

BECHMANN A. Der Kauf nach gemeinem Recht. III Theil, 2 Hälfte. (System des Kaufs nach gemeinem Recht. Zweite Abtheilung, 2 Hälfte). Aus dem Nachlass der Verfassers herausgegeben nebst Sach- und Quellenregister zum Gesamtwerk von D^r P. OERTMANN — Leipzig Deichert '08, p. X-318, M. 8.

BELOCH G. vedi BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

BENIGNI U. Storia sociale della Chiesa. Vol. I, La preparazione. Dagli inizi a Costantino — Milano Vallardi '07, p. XXIV-452, L. 4.

BERCEANU M. La vente consensuelle dans les comédies de Plaute — Paris Riviére '07, p. 183, fr. 4.

BERNARD F. Première et seconde années de droit romain, 3 éd. — Paris Larose et Tenin '08, p. 605 in-18, fr. 7.50.

BERNHÖFT F. Die Verbuchung der dinglichen Rechte an Grundstücken im griechischen Rechte (Dissert.) — Rostock Adler '07, p. 74.

BERNHOLT O. Rechtsfolgen der Verbindung eigener Sachen nach gemeinem u. gelt. bürgerl. Recht (Diss.) — Wandsbek-Hamburg Ueberwasser '07, p. 52.

BERTERMANN E. Eigentumsvorbehalt u. Verwirkungsklausel. Ihr Wesen u. ihre Unterschiede nach römischem u. heutigem bürgerlichen Recht (Diss.). — Borna-Leipzig Noske '07, p. VIII-48.

BERTOLINI C. Appunti didattici di diritto romano, fasc. 5, 61-62, 7, 8 (Compravendita, Locazione, Società e Mandato, Patti) — Torino Gerbone '07, '08, p. 435-1035, L. 3, 2-1, 3, 3.

BESCHÜTZ (s. n.). Die Fahrlässigkeit innerhalb der geschichtlichen Entwicklung der Schuldlehre. Teil I, Vom primitiven Strafrecht bis zur peinlichen Gerichtsordnung Karls V (Strafrechtliche Abhandlungen hrsg. von H. BENNECKE u. E. BELING Heft 76) — Breslau Schletter '07, p. VII-148, M. 3. 60.

BESELER G. Das Edictum de eo quod certo loco. Eine rechtshistorische Untersuchung — Leipzig Deichert '07, p. VI-116, M. 2. 50.

BESTA E. Le glosse di Montepandone e di Pesaro al Codice giustiniano — in MÉLANGES FITTING, p. 15.

BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA diretta da V. PARETO. Fasc. 75-81 (Vol. IV, p. 65-528): BELOCH G. La popolazione del mondo greco-romano; Appendici, I ID. La popolazione della Gallia al tempo di Cesare, II SEEK O. La statistica nella storia antica, III KORNEMANN E. Le cifre dei censimenti romani quale materiale statistico, IV BELOCH G. Per la storia della popolazione dell'antichità (cont.) — Milano Società editrice libraria '07, L. 1 il fascicolo.

BIERMANN I. vedi JHERING.

BINDER J. Das Problem der juristischen Persönlichkeit — Leipzig Deichert '07, p. 146, M. 3. 50.

BLÜTHGEN F. u. SCHWENK F. Anleitung zum Studium des Corpus iuris civilis für junge Juristen — Berlin Weber '07, p. IV-152, M. 3.

BOAS H. Ueber L. 24 D. *de fideiussoribus* 46. 1. Ein Beitrag zur Lehre vom Kreditauftrage nach römischem Recht und nach B. G. B. (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. x-52.

BOHNE E. Die Konfusion der Obligationen nach römisch-gemeinem Recht (Diss.) — Berlin Bahr '08, p. VIII-46, M. 1. 50.

BONFANTE P. Istituzioni di diritto romano, 4^a ed. — Milano Vallardi s. a. ('07), p. VI-619 in-16, L. 10.

Id. Lezioni di diritto romano raccolte e compilate da A. CETTUZZI e C. DALCORNO. Delle obbligazioni. Ateneo Pavese a. '06-07 — Pavia Bruni '07, p. 222.

Id. Nell'inaugurazione del monumento a C. FERRINI (Parole) — Pavia Bizzoni '07, p. 13.

Id. Appendice a BAUDRY-LACANTINIERE G. Trattato di diritto civile. Delle obbligazioni. Vol. I — Milano Vallardi s. a. ('07), pagine 792-861.

BONNET E. Le vendeur obligé de donner — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 17.

BORAUD A. Essai sur l'histoire des baux à longue terme à Rome (Thèse) — Paris Rousseau '07, p. 138.

BÖTTINGER H. v. Die exceptio rei iudicatae im römischen u. heutigen Recht mit besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung für das Verhältnis der Erbschaftsklage zu den erbschaftlichen Singularklagen, behandelt in Anschluss an die I. 7 §§ 4-5 D. 44.2.

BOUCHÉ-LECLERCQ A. Histoire des Lagides. T. IV Les institutions de l'Egypte ptolémaïque. Suite et fin (...Le droit...). Addenda et Index général — Paris Leroux '07, p. III-419, fr. 10.

BRANDILEONE F. La stipulatio nelle carte italiane del Medio Evo — in MÉLANGES FITTING, p. 11.

BRUGI B. Hereditatis petitio de inofficioso secondo i contemporanei di Giustiniano — ivi, p. 12.

BRYCE J. A Comparison of the History of Legal Development at Rome and in England, '01, p. 33 — in SELECT ESSAYS in Anglo-American Legal History by Various Authors, Vol. I, Boston Little Brown '07.

Id. Imperialismo romano e britannico. Saggi. Traduzione dall'inglese con prefazione di G. PACCHIONI (I L'Impero romano e l'Impero britannico in India. II Espansione del diritto romano e del diritto inglese nel mondo. III Dei metodi seguiti in Inghilterra e a Roma nella formazione del diritto. IV Matrimonio e divorzio nel diritto romano e inglese) — Torino Bocca '07, p. xvi-359 in-12, L. 5.

Id. Il Sacro Romano Impero, trad. da U. BALZANI, 2 ed. ital. — Milano Hoepli '07, p. LIII-654 in-16, L. 7.50.

BUSZ H. Die Form der Litiskontestatio im klassischen römischen Recht (Diss.) — Münster Regensburg '07, p. 74, M. 2.

CAGGESE R. Classi e comuni rurali nel medioevo italiano. Saggio di storia economica e giuridica. Vol. I — Firenze tip. Galileiana '07, p. xviii-405, L. 4.

CAILLEMER E. Henry de Sartines, official de la Cour de Lyon au xiii^e siècle et sa bibliothèque — in MÉLANGES FITTING, p. 27.

CAILLEMER R. Un fragment de *positiones* en cour d'église dans la seconde moitié du xiii^e siècle — ivi, p. 27.

CAPRIVI F. v. Interpretation von L. 3 D. 20,1, unter Berücksichtigung von Digestenstellen verwandten Inhalts und unter Vergleichung der L. 3 mit dem heutigen Recht (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. vi-59.

CARLYLE A. J. The Theory of the Source of Political Authority, in the Mediaeval Civilian to the Time of Accursius — in MÉLANGES FITTING, p. 13.

CASSO L. Visantiskoje pravo v Bessarabii (Diritto bizantino in Bessarabia) — Moskva '07, p. 71.

CHALMERS D. and BARNES L. H. Student's Guide to Roman Law — London Butterworth '07, s. 7. 6.

CHARTULARIUM STUDII BONONIENSIS. Documenti per la Storia dell'Università di Bologna dalle origini fino al secolo xv pubblicati per opera della Commissione per la Storia dell'Università di Bologna. Vol. I. — Imola Cooperativa tip.-editrice '07, p. vi-112, L. 5.

CHÉNON E. Le droit romain à la Curia regis de Philippe-Auguste à Philippe-Le-Bel — in MÉLANGES FITTING, p. 18.

CHIAPPELLI L. Frammenti del Digesto, ed una raccolta di definizioni in una collezione canonica del principio del secolo xii — ivi, p. 18.

CHVOSTOV V. M. Istoriia rimskago prava (Storia del diritto romano) II — Moskva Sytin '07, p. 463, fr. 7.

CICCAGLIONE F. Il diritto romano nelle consuetudini delle città di Sicilia — in MÉLANGES FITTING, p. 10.

CLARK E. C. Jus and Lex — ivi, p. 13.

COLLINET P. Le rôle primitif de la stipulation — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 12.

CONRAT (COHN) M. Zur Kultur des römischen Rechts im Westen des römischen Reichs im vierten und fünften Jahrhundert nach Christi — in MÉLANGES FITTING, p. 34

CONSTANTIN O. L. 9 § 9 u. L. 10 D. XII. 1 im Streite über depositum irregulare u. Darlehn (Diss.) — Berlin Bahr '08, p. x-83, M. 2.

CORNIL G. La protection possessoire dans les leges romanae barbarorum — ivi, p. 31.

CORPUS INSCRIPTIONUM LATINARUM consilio et auctoritate Academiae Litterariae Regiae Borussicae editum. Vol. XIII p. 2 f. 2 — Berolini ap. Reimerum '07, in-f. p. 31*-38* e 505-713.

COSMANN F. Die Kaution des Sachniessbrauchers (Diss.) — Lübeck Werner u. Hörnig '07, p. 94.

COSTA E. Ulisse Aldovrandi e lo Studio Bolognese nella seconda metà del secolo xvi (Discorso) — Bologna Stabilimento poligrafico emiliano '07, p. 96, L. 2.

CUGUSI G. vedi TEORIA DELLA PROPRIETÀ.

CUQ E. Les institutions juridiques des Romains. T. II Le droit classique et le droit du Bas-Empire. Edition complétée par un index alphabétique — Paris Plon '08, p. iii-934, fr. 10.

ID. Un règlement administratif sur l'exploitation des mines aux temps d'Hadrien — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 48.

CYBICHOWSKI S. Das antike Völkerrecht. Zugleich ein Beitrag zur Konstruktion des modernen Völkerrechts — Breslau Marcus '07, p. vi-103, M. 3.

DAREMBERG CH. ET SAGLIO E. Dictionnaires des antiquités grecques et romaines. Fasc. 40, ...princes-quorum bonorum (fine del vol. IV p. 1. N-Q). Fasc. 41, radius-sacrificium ... (vol. IV p. 2...) — Paris Hachette '07, '08, p. 657-808, 809-976 in-f.^o, fr. 5, 5.

DECLAREUIL J. Quelques notes sur certains types de fidéicommis — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 21.

DEL GIUDICE P. Sulla questione dell'unità o dualità del diritto in Italia sotto la dominazione ostrogota — in MÉLANGES FITTING, p. 14.

DENKHAUS K. Eine geschichtliche und dogmatische Erörterung des § 2065 BGB. (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. viii-90.

DE PIETRI-TONELLI A. Il diritto ereditario. Saggio espositivo e critico sulle basi storico-materialistiche e psicologiche della trasmissione dei beni mortis causa — Venezia Istituto veneto d'arti grafiche '08, p. xii-219, L. 4.

DERNBURG A. Pandette. Vol. I p. II (Diritti reali). Trad. dal tedesco sulla 6^a ed., di F. B. CICALA — Torino Bocca '07, p. xi-523, L. 12.

DE RUGGIERO E. Dizionario epigrafico di antichità romane. Fasc. 91-95, 98-99, Vol. II 44-47 (... Curator reipublicae o civitatis - Decuria ...). Fasc. 96-97, Vol. III 17-18 (... Germania-Gratianus ...) — Roma Pasqualucci '07, L. 1 il fascicolo.

DE SANCTIS G. Storia dei Romani. La conquista del primato in Italia Volumi 2 — Torino Bocca '07, p. XII-458, VIII-575, L. 24.

DE SANTIS G. La perenzione e i procedimenti speciali. Studi di diritto romano e di diritto italiano odierno — Aversa Fabozzi '07, p. 40.

DESCHAMPS A. Sur l'expression *locare operas* et le travail comme objet de contrat à Rome — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 23.

DESSERTAUX F. Le cas de la femme d'Arretium (Cicéron, *pro Caecina*, 33, 34) — ivi, p. 16.

DÉTREZ A. Mariage et Contrat. Étude historique sur la nature sociale du droit (... Le mariage à Rome ...) — Paris Giard et Brière '07, p. 309.

DIENINGHOFF A. Der Grenzüberbau nach gemeinem Recht u. Bürgerlichem Gesetzbuch (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

DIGESTORUM vedi JUSTINIANI.

DONALDSON J. Woman. Her Position and Influence in Ancient Greece and among the Early Christians — London Longmans '07, p. VIII-278, s. 5.

DRERUP E. [Ἡρώδου] περί πολιτείας. Ein politisches Pamphlet aus Athen 404 vor Chr. — Paderborn Schöningh '08, p. 124, M. 3.20.

DUCHESNE L. Histoire ancienne de l'Eglise, T. I ed. 3, T. II — Paris Fontemoing '07, p. XI-577 et XI-671, fr. 10 le vol.

DUQUESNE J. Contribution à l'étude de la cautio iudicatum solvi — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 32.

Id. La contexture générale de la cautio iudicatum solvi — in MÉLANGES FITTING, p. 33.

EHRlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts (Inaugurationsrede) — Czernowitz Selbstverlag der Universität '07, p. 42.

EHRlicher G. Die Aufrechnung bei dem Vorhandensein mehrerer Forderungen nach gemeinem Rechte und Bürgerlichem Gesetzbuche (Diss.) — Neustadt-Coburg Patzschke '07, p. IX-52.

ELEPHANTINE-PAPYRI bearbeitet von O. RUBENSOHN, mit Beiträgen von W. SCHUBART u. W. SPIEGELBERG — Berlin Weidmann '07, p. 92 (3 Lichtdrucktafeln).

ESMEIN A. L'effet relatif de la chose jugée — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 25.

FADDA C. vedi TEORIA DELLA PROPRIETÀ.

FERRINI C. Manuale di Pandette, 3 ed. (Ristampa). — Milano Società ed. libr. '08, p. xi-979 in-24, L. 10.

FESTGABE F. REGELSBERGER ... überreicht von der rechts- u. staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich — Zürich Orell Füssli '07, p. iii-70, p. 123, M. 6.

FESTSCHRIFT FÜR DIE JURISTISCHE FAKULTÄT IN GIESSEN ... überreicht von ihren früheren Dozenten ... — Giessen Töpelmann '70, p. vii-547, M. 18.

FINZI M. I reati di falso. Vol. I, Bibliografia, diritto antico, diritto romano — Torino Bocca '08, p. xix-386, L. 7.

FLACH J. Le droit romain dans les chartes du ix^e au xi^e siècle — in MÉLANGES FITTING, p. 39.

FOIGNET R. Manuel élémentaire de droit romain, à l'usage des étudiants en droit — Paris Rousseau '08, p. 316 in-18 (tableaux synoptiques, questions d'examen), fr. 6.

FRACCHIA L. A. Le leggi agrarie sull'agro romano da Spurio Cassio a Guido Baccelli, I Età romana — Roma Pistoletti '07, p. 39, L. 1.50.

FRANCK G. Die Rechtsmängelhaftung beim Kaufe beweglicher Sachen nach röm., gem. u. bürgerl. Recht (Diss.) — Greifswald Kunike '07, p. 51.

FRANCK H. Ueber den für Voraussetzungen und Umfang der Verurteilung massgebenden Zeitpunkt nach römischem und heutigem Recht (Diss.) — Breslau '07, p. 61.

FRANCOTTE H. La Polis grecque. Recherches sur la formation et l'organisation des cités, des ligues et des confédérations dans la Grèce ancienne — Paderborn Schöningh '07, p. viii-252, M. 6.60.

FRAENKEL G. Die Hauptunterschiede in der Aufrechnungsbefugnis bei der *societas* des gemeinen Rechts u. der Gesellschaft des deutschen bürgerlichen Rechts (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

FRAENKEL S. Der Einfluss des bewussten Willensmangels auf die Rechtsgeschäfte nach dem BGB. unter Berücksichtigung der geschichtlichen Entwicklung (Diss.) — c. s. p. ix-77.

FRENZEL G. Die Vorstellung vom Eigentum in den römischen

Juristen, psychologisch entwickelt — Königsberg Gräfe u. Unger '08, p. 120, M. 3.50.

FREYTAG F. Die Schuldverwandlung (die Verwandlung einer anderen Schuld in eine Darlehnschuld) nach römischem u. heutigem Recht (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. 57.

FRIEDMANN A. Ueber das Darlehn durch Hingabe einer Sache zum Verkauf nach röm. u. deutsch. bürgerl. Rechte (Diss.) — Gleiwitz Feldhuss 07, p. 26.

FROMM E. Der Bote. Insbesondere: Versuch einer scharfen Abgrenzung des Botenbegriffs von dem des Stellvertreters (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

FUCHS L. Die Zahlung der Erbschaftsschulden durch den Erbschaftsbesitzer beurteilt nach römischem Recht u. BGB. (Diss.) — Berlin Pilz '07, p. 54.

FUSTEL DE COULANGES N.-D. Der antike Staat. Autorisirte Uebersetzung von P. WEISS. Mit einem Begleitwort von H. SCHENKL — Berlin u. Leipzig Rothschild '07, p. xi-476, M. 12.

ID. La Ciudad antiqua, traducción de M. CIGES APARICIO — Madrid '07, P. 4.

GAI INSTITUTIONUM COMMENTARII QUATUOR. Separatim ex Iurisprudentiae anteiustinianae reliquiis a PH. E. HUSCHKE compositis. Ed. secunda edd. E. SECKEL et B. KUEBLER — Lipsiae in aed. Teubneri '08, p. xxxvi-267, M. 2.80.

GARRONE G. Le così dette servitù irregolari nel diritto romano e nel diritto odierno (Tesi) — Torino Sacerdote '07, p. 83.

GILLIARD CH. Quelques réformes de Solon. Essai de critique historique — Lausanne Bridel '07, p. 324.

GIORGI G. Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e della giurisprudenza, 7 ed.. Vol. I, II, III — Firenze Cammelli '07, p. xiv-636, xii-625, xii-655, L. 9 il vol.

GIRARD P. F. Un document sur l'édit antérieur à Julien (Valerius Probus de litteris singul. 5. l. 24) — in AUS RÖMISCHEM c. s., p. 36, M. 1.20.

ID. Les jurés de l'action d'injures — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 28.

ID. Geschichte und System des römischen Rechts (Manuel élé-

mentaire de droit romain). Uebersetzt u. mit Zusätzen versehen von R. v. MAYR, I. Th., Geschichte, Personen-, Familien- u. Sachenrecht — Berlin Vahlen '08, p. xvi-420, M. 7.

GLÜCK. C. F. Commentario alle Pandette: lib. 14-15 p. 193-234 (fine), trad. ed annot. da P. BONFANTE, fasc. 550; lib. 27 p. 97-144, id. da G. BAVIERA, fasc. 551, e p. 145-672, id. da C. LONGO, fasc. 557-565 e 568-9; lib. 29 p. 1^a p. 769-795, id. da P. BONFANTE, fasc. 549; id. p. 2^a p. 193-480, fasc. 547-8, 554, 556, 566-7; lib. 37-38 p. 5^a di B. G. LEIST, p. 289-432, id. da S. CUGIA, fasc. 552-3, 555 — Milano Società editrice libraria '07, '08, L. 1 il fascicolo.

GRADENWITZ O. Zur Natur der Dos — in MÉLANGES-GÉRARDIN, p. 16.

ID. Volksspruch und Kunstregel bei der Konsumption — in AUS RÖMISCHEM c. s., p. 28.

GRAVINA G. De imperio et iurisdictione Opera inedita pubblicata per cura di F. MOFFA con prefazione di F. CICCAGLIONE — Catania Giannotta '07, p. xxxiv-87, L. 8

GREEK PAPYRI IN THE BRITISH MUSEUM: Catalogue, with texts, vol. III. Edited by F. G. KENNYON and H. I. BELL — London '07, p. LXXIV-388, L. st 2.10. Atlas of facsimiles to the (above 100) plates, L. st 3. 3.

GRENFELL B. P. AND HUNTH A. S. vedi THE TEBTUNIS PAPYRI.

GRIECHISCHE PAPYRUS der Universitäts- und Landesbibliothek zu Strassburg hrsg. von F. PREISIGKE I. 2 — Strassburg Schlesier u. Schweikhardt '08, p. 97-186 in-f., M. 18.

HALBAN A. v. Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten III Theil Ein Beitrag zur deutschen Rechtsgeschichte. (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte hrsg. von O. GIERKE 89 Heft) — Breslau Marcus '07, p. xx-420, M. 12.

HAMMANN J. Zur Lehre vom Erwerb u. Verlust des Besitzes an Grundstücken nach römischem Recht mit besond. Berücksichtigung der l. 34 pr. D. 41.2 (Diss.) — Berlin Hayn '07, p. 50.

HARTSCH M. Wie haftet der Vermächtnissnehmer für ihm auferlegte Beschwerden, insbesondere unter Berücksichtigung der l. 70 § 1 D. de legatis II? (Diss.) — Neudamm Neumann '07, p. 59.

HEILFRON E. Römische Rechtsgeschichte und System des römischen Privatrechts, 6 Aufl. — Berlin Speyer u. Peters '08, p. xxiii-1156, M. 10.

HEINEN M. Das Recht des Eigentümers zur Vertiefung seines Grundstücks nach röm., gem. Rechte u. nach dem BGB. (Diss.) — Cöln Fröhlich '07, p. 58.

HEINTZE G. Das bedingte u. befristete Vermächtnis im gemeinem Recht u. nach dem BGB. (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

HELLWIG H. Erbrechtsfeststellung und Rescission des Erbschaftserwerbes. Beiträge zur Lehre von der querela inofficiosi testamenti des klassischen römischen Rechts — Leipzig Deichert '08, p. xi-108, M. 2.60.

HEMPOWICZ F. Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes dargestellt unter Berücksichtigung der Entwicklung des römischen u. des deutschen Rechts (Diss.) — Breslau '07, p. 57.

HEPNER J. Der Besitzerwerb an Grundstücken durch Tradition nach römischem Recht u. dem Recht des BGB. Ein Vergleich (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '08

HERZEN N. Le concours de plusieurs hypothèques et D. 20. 3. 3 — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 20.

HEUMANN'S HANDLEXIKON zu den Quellen des römischen Rechts in 9 Auflage neu bearbeitet von E. SECKEL — Jena Fischer '07, p. xviii-643, M. 12.

HIRZEL R. Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen — Leipzig Hirzel '07, p. vi-445, M. 10.

HITZIG H. F. Altgriechische Staatsverträge über Rechtshilfe — in FESTGABE F. REGELSBERGER, p. 70, M. 2.60.

HOLMES W. G. The Age of Justinian and Theodora. A History of the Sixth Century, Vol. II — London Bell '07, p. vi-365-766, s. 10.6.

HRUZA E. Zum römischen Amtsrechte (Vortrag) — Innsbruck Selbstverlag der Universität '07, p. 27.

HUVELIN P. L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 36.

IDERHOFF H. Stellung des Schuldners gegenüber dem letzten Erwerber einer mehrfach übertragenen Forderung nach gemeinem Recht u. BGB (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '08.

INSCRIPTIONES GRAECAE consilio et auctoritate Academiae Litterariae Regiae Borussicae editae. Vol. XII f. 7 (Tabula geogr.) — Berlin ap. Reimerum '08, p. xi-160 in-f.^o

INSCRIPTIONES GRAECAE AD RES ROMANAS PERTINENTES auctoritate et impensis Academiae Inscriptionum collectae et editae. Tom. I f. 5 Aegyptus — Paris Leroux '08, in-4, fr. 3.50.

JENA C. v. Die Wirkung der *confusio* auf obligatorische Rechtsverhältnisse nach römisch-gemeinem Recht u. dem Recht des BGB. (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. VIII-59.

JHERING R. v. Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I Th. 6 Aufl., III Th. 1 Abth. 5 Aufl. — Leipzig Breitkopf u. Härtel '07, p. xvi-361, xxviii-398, M. 9, 9.

Id. 1852-68. Briefe und Erinnerungen hrsg. von J. BIERMANN — Berlin Müller '07, p. 106, M. 2.

Id. El Espíritu del Derecho romano en las diferentes fases de su desenvolvimiento, trad. al francés por O. DE MEULENAERE, y del francés al castellano por D. ENRIQUE PRÍNCIPE. Quinta tirada, 4 tomos — Madrid '07, P. 25 (P. 1 por cuaderno).

JOBÉ-DUVAL E. Explication de la loi 16 au Code de *inofficioso testamento* 3, 28 — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 43.

Id. La nature de la querela inofficiosi testamenti selon les jurisprudences byzantines — in MÉLANGES FITTING, p. 28.

JOUGUET P. vedi PAPYRUS GRECS.

JUNG H. Der Irrtum beim Erbschaftsantritt nach römischem Recht (Diss.) — Borna-Leipzig, Noske '07, p. xi-60.

JUSTINIANI AUGUSTI DIGESTORUM SEU PANDECTARUM CODEX FLORENTINUS, olim pisanus, phototypice expressus. A cura della Commissione Ministeriale per la riproduzione delle Pandette. Vol. II fasc. 6. Lib. XXXII.78-XXXVII.4. 20 — Roma Danesi '07, in-f.°

KAEMMERER H. Stellvertretung im Besitzerwerb nach röm. u. gem. Recht (Diss.) — Halle Kaemmerer '07, p. xviii-90.

KANUS G. Vergleich der Regeln des römischen, preussischen u. deutschen Rechts über die Anrechnung einer Zahlung bei dem Vorhandensein von mehreren Hauptforderungen oder von Nebenforderungen (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

KENNYON F. G. AND BELL H. J. vedi GREEK PAPYRI.

KIPP TH. Heinrich Dernburg (Vortrag) — Leipzig Deichert '08, p. 47, M. 1.

KLEFFNER A. J. Der Briefwechsel zwischen dem jüngern Plinius und Kaiser Trajan die Christen betreffend. Wert u. Bedeutung des-

selben für die älteste Kirchengeschichte — Paderborn Bonifacius-Druckerei '07, p. 78.

KORNEMANN E. vedi BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI J. v. Die *Condictio* als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht. II Band — Weimar Böhlau '07, p. xxviii-368, M. 11.

KRETSCHMAR P. Ueber die Entwicklung der Kompensation im römischen Rechte — Leipzig Veit '07, p. viii-80, M. 2.80.

KRÜGER P. Justinianische Entscheidungen streitiger Rechtsfragen im Codex u. in den Digesten — in AUS RÖMISCHEM c. s., p. 19, M. 0.60.

KUCHENBAECKER A. Die *emptio spei* nach römischem Rechte u. nach dem BGB. (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

KULOW A. Repetitorium des gesamten römischen Rechts unter kürzer Berücksichtigung des gemeinen u. modernen Rechts — Stuttgart Kohlhammer '07, p. viii-326, M. 6.

LACHMANN K. Die historische Entwicklung der Evictionshaftung im römischen Recht, erläutert an der Hand der l. 22 § 1 D. 21.2 (*Si pro evictione fundi*) u. der l. 23 u. l. 24 D. *eod. tit.* (Diss.) — Bornaleipzig Noske '08.

LANCKORONSKI L. v. Beiträge zur Lehre von der Dereliction u. Occupation (Diss.) — Bornaleipzig Noske '07.

LANGE R. Die persönlichen Rechte aus dem Pfandverhältnis nach römischem u. bürgerlichem Recht, *actiones pignoratitiae in personam* (Diss.) — c. s., p. xii-83.

LAST A. Anspruchskonkurrenz u. Gesamtschuldverhältnis. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Verteidigung nach dem gemeinen, österreichischen u. deutschen Recht (Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts hrsg. von R. LEONHARD, 26 Heft) — Breslau Marcus '08, p. x-267, M. 7.20.

LEFRANC A. L'Edit d'Antonin Caracalla sur le droit de cité (Thèse) — Bordeaux Cadoret '07, p. viii-165.

LEGRAS H. La Table latine d'Héraclée. La prétendue Lex Iulia municipalis (Thèse) — Paris Rousseau '07, p. 406 et carte, fr. 8.

LEICHT P. S. Studi sulla proprietà fondiaria nel Medio Evo. Oneri pubblici e diritti signorili — Verona-Padova Drucker '07, p. 157, L. 3.50.

LENEL E. Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung, 2 Aufl. — Leipzig Tauchnitz '07, p. xxvi-550, M. 24.

LEONHARD R. Der Irrtum als Ursache nichtiger Verträge, 2 Aufl.: I Theil Vertragsbestandteile u. Irrtum; II Theil, Irrtumsfälle in den römischen Rechtsquellen (Studien c. s., 22-23 Heft) — Breslau Marcus '07, p. xii-283 u. vi-191, M. 6 u. 4.

Id. Der Verstoss gegen die guten Sitten — in AUS RÖMISCHEM c. s., p. 20, M. 0.60.

LEVY E. Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte — Berlin Vahlen '07, p. vi-226, M. 5.

LIPS H. § 255 B. G.-B. unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts (Diss.) — Berlin Dietze '07, p. 68.

LIPSIUS J. H. Das Attische Recht u. Rechtsverfahren mit Benutzung des *Attischen Prozesses* von M. H. E. MEIER u. G. F. SCHÖMANN. II Bd. I Hälfte — Leipzig Reisland '08, p. 235-460, M. 6.

LITTEN F. Römisches Recht u. Pandekten-Recht in Forschung u. Unterricht — Berlin Vahlen '07, p. 80, M. 2.

MACKINTOSH J. The Roman Law of Sale with Modern Illustrations. Digest XVIII. 1 and XIX. 1 translated with Notes and References to Cases and the Sale of Goods Act, 2 ed. — Edinburgh Clark '07, p. xvi-299, s. 10.

MARIANI M. La costituzione di Licurgo (Conferenza) — Senigallia Puccini e Massa '07, p. 32.

MAY G. *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, 9 éd. — Paris Larose et Tenin '07, p. xxvii-682, fr. 10.

Id. Sur quelques exemples de gémiation juridique dans les auteurs littéraires latins — in *MÉLANGES GÉRARDIN*, p. 14.

MAZZALORSO G. Lo Stato e le persone giuridiche in Grecia e particolarmente in Atene. Studio storico-filosofico — Bologna '07, p. 84, L. 2.

MEIER, SCHOMANN vedi LIPSIUS.

MÉLANGES FITTING T. I. — Montpellier Imprim. génér. du midi '07, p. xx-484, fr. 20 les deux volumes.

MELTZL V. v. A Stipulatio mint Verborum Obligatio a római Jogban (Die Stipulatio als verb. obl. im römischen Recht) — Ko-lozsvár (Klausenburg) Stein '07, p. 65.

Id. Ueber den Ursprung der Condictio incerti und ihr Verhältnis zur Actio incerta ex stipulatu — c. s., p. 24, M. 1.

MERKEL J. Die Justinianischen Enterbungsgründe (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte hrsg. von O. GIERKE 94 Heft) — Breslau Marcus '08, p. 152, M. 3.20.

MEYER A. Die Wirkungen der Legitimation der unehelichen Kinder nach gemeinem u. nach heutigem bürgerlichen Rechte (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. VIII-37.

MEYNIAL E. Note sur la loi *Emptorem* C. *loc. cond.* IV, 66, loi 9 — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 23.

MISPOULET J. B. Le régime des mines à l'époque romaine et au moyen âge d'après les tables d'Aljustrel — Paris Larose et Tenin '08, p. XI-124, fr. 5. (Cfr. *Nouv. Revue histor. de droit* '07. Qui in più Préfaces, Appendices, Additions, Corrections).

MITTEIS L. Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I Bd. Grundbegriffe u. Lehre von den juristischen Personen (Handbuch d. deutsch. RW. hrsg. von K. BINDING I. 6. I) — Leipzig Duncker u. Humblot '08, p. XVI-428, M. 10.

ID. Ueber die Herkunft der Stipulation — in AUS RÖMISCHEM c. s., p. 36.

MOELLER E. v. Andreas Alciat (1492-1550). Ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte der modernen Jurisprudenz (Studien c. s., 25 Heft) — Breslau Marcus '07, p. VIII-145, M. 4.

MOMMSEN TH. Gesammelte Schriften III Bd., Juristische Schriften III Bd. — Berlin Weidmann '07, p. XII-632, M. 15 1).

(1) Inhalt: I. Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz im römischen Staat (1885). — II. Libertini servi (1878). — III. Die Freigelassenen im römischen öffentlichen Dienst (1898). — IV. Ueber das visellische Gesetz (1858). — V. Latium maius (1902). — VI. Pamphyliche Inschriften (1890). — VII. Die Erblichkeit des Decurionats (1903). — VIII. Zu der Rechtsstellung der athenischen Professoren in der römischen Kaiserzeit (1891). — IX. Zur Lehre von den römischen Korporationen (1904). — X. Ueber eine milde Stiftung Nerva's (1847). — XI. Collegium arkarum divarum Faustinarum (1887). — XII. Römische Urkunden (1850) 1. Edict Augusti über die Wasserleitung von Venafrö. 2. Die interlocutionen im Prozess der fontani und das Bittschreiben des Adrastus. 3. Die lex des collegium aquae. 4. Die lex Iulia de collegiis und die lanuvinsche lex collegii salutaris. 5. Ius Italicum. Ad consilium manumissio. In iure cessio. 6. Ein Winkeladvokat von Venafrö. — XIII. Nexum (1902). — XIV. Die römischen Anfänge von Kauf und Miete (1885). — XV. Mancipium. Manceps. Praes. Praedium (1902). — XVI. Zur Geschichte der Erbpacht (1902). — XVII. Decret des Commodus für den Saltus Burunitanus (1880). — XVIII. Die Bewirtschaftung der Kirchengüter unter Papst Gregor I. (1893). — XIX. De lege Voconia, Excursus ad Iuvenalis sat. I, 55. (1850?). — XX. Zur Lehre

Id. Abriss des römischen Staatsrechts, 2 mit einem Register versehene Aufl. (Handbuch c. s., I. 3) — Leipzig Duncker u. Humblot '07, xv-375 M. 9.

Id. Le droit pénal romain, trad. par J. DUQUESNE, T. 3 (Manuel des antiq. rom. t. XVII-XIX) — Paris Fontemoing '07, p. xvi-401, 443, 420, chaque vol. 10 fr.

MONNIER H. Du *casus non existentium liberorum* dans les Novelles de Justinien — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 29.

MOTULSKY L. Der Begriff der Frucht nach römischem Recht und dem bürgerlichen Gesetzbuche (Diss.) — Erlangen '07, p. vi-66.

NABER J. C. Ad noxalem iniuriarum actionem — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 6.

NEUBERT W. Die Voraussetzungen des Vorlegungsanspruches des §§ 809-810 des BGB. im Verhältnis zu den gemeinrechtlichen (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

NEUBURG C. Der Zusammenhang zwischen römischem und deutschem Bergbau — in FESTGABEN FÜR W. LEXIS. Jena Fischer '07, p. 17.

NICOLE J. Apologue d'Antiphon ou λόγος περι μεταστάσεως d'après des fragments inédits sur papyrus d'Égypte — Genève-Bâle Georg '07, p. 55 (facs.).

von der Erbesetzung ex certa re (1868). — XXI. Zum römischen Grabrecht (1895). — XXII. Der Zinswucher des M. Brutus (1898). — XXIII. Die pompeianischen Quittungstafeln des L. Caecilius Jucundus (1877). — XXIV. Ueber die Subscription und Edition der Rechtsurkunden (1851). — XXV. Constitutiones corporis munimenta (1891). — XXVI. Sui modi usati da' Romani nel conservare e pubblicare le leggi ed i senatusconsulta (1858). — XXVII. De testamenti ad praetorem alati imagine in anaglypho Columnensi (1845). — XXVIII. Ueber die Lage des praetorischen Tribunals (1863). — XXIX. Zur Lehre vom Schalttag (1859). — XXX Zum römischen Kalender (1859). — XXXI. Ueber die leges iudicariae des VII. Jahrhunderts bis zur lex Aurelia (1843). — XXXII. Iudicium legitimum (1891). — XXXIII. Die Popularklagen (1903). — XXXIV. Inschrift von Kos (1890). — XXXV. Die Religionsfrevel nach römischem Recht (1890). — XXXVI. Die Pilatus-Acten (1902). — XXXVII. Die Rechtsverhältnisse des Apostels Paulus (1901). — XXXVIII. Der Prozess des Christen Apollonius unter Commodus (1894). — XXXIX. Inauguraldissertation (1843) 1. Ad legem quam dicunt de scribis viatoribus praeconibus animadversiones. 2. De auctoritate commentatio. Theses. — XL. Nachwort zu Ed. Philippi, zur Geschichte des Patronats über juristische Personen (1853). — XLI. Rezensionen. — XLII. Alfred Pernice (1901). — XLIII. Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft und die Bedeutung des römischen Rechts. Zwei Reden. 1. Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft (1848). 2. Die Bedeutung des römischen Rechts (1852). — Sach- und Namenregister. — Stellenverzeichnis.

OFFERMANN F. Die Gefährübertragung beim Kauf nach römischem Recht u. bürgerlichem Recht (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '08.

OLIVER E. H. Roman Economic Conditions to the Close of the Republic (University of Toronto Studies) — Toronto University Library '07, p. xvi-200, D. 1.50.

OSBERGHAUS M. Die Novation des römischen Rechts u. ihre Bedeutung nach dem Rechte des BGB. (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

OTTO W. Die wirtschaftliche Lage u. die Bildung der Priester im hellenistischen Aegypten — Leipzig Teubner '07, p. 71.

PAPYRUS GRECS publiés sous la direction de P. JOUGUET avec la collaboration de P. COLLART, J. LESQUIER, M. XOUAL (Institut papyrologique de l'Université de Lille) T. I f. 1 — Paris Leroux '07, p. 66 in-4.

PARETO V. vedi BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

PAULY-WISSOWA. Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, XI Halbband *Ephoros-Eutychos*, XII Halbband... *Euxantios-Fabri*.. (84, 85 Lief.) — Stuttgart Metzler '07, '08, col. 1536, 1537-1920, M. 15,...

PERROT E. L'appel dans la procédure de l'ordo judiciorum (Thèse) — Paris Rousseau '07, p. xxiii-169.

PIEPER A. Christentum, römisches Kaisertum u. heidnischer Staat (2 akad. Reden) — Münster Aschendorff '07, p. iii-68, M. 1.25.

PIERRUGUES P. Glossarium eroticum linguae latinae, sive theogoniae, legum et morum nuptialium apud Romanos explanatio nova... Ed. altera — Berlin Barsdorf '08, p. viii-518 in-4, M. 20.

PISSARD H. Les questions préjudicielles en droit romain — Paris Rousseau '08, p. 242, fr. 5.

POLLACK E. Des Majestätsgedanke im römischem Recht — Leipzig Veit '08, M. 6.

PORCHAT R. Curso elementar de direito romano. Vol. 1 p. 1 — S. Paulo Duprat '07, p. 341.

POTTS T. R. Summary of the Institutes of Gaius (Books I-II §§ 1-97 and III §§ 88-225). With Historical Introduction and Notes — Oxford Giles '07, p. xi-247, s. 5.

PREISIGKE F. vedi GRIECHISCHE PAPYRUS.

PROSS F. Hat der Miteigentümer die dinglichen Klagen gegen die anderen Miteigentümer u. gegen Dritte? Nach römischen Rechte u. BGB. (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. vi-48.

QUAGLIA S. M. Il mandato in diritto romano (Tesi) — Torino Società anon. grafica '07, p. 64

QUELLEN zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter. Hrsg. v. L. WAHRMUND I Bd. 8 Heft (Das Formularium des Martinus de Fano Schluss mit Index des I Bandes) — Innsbruck Wagner '07, p. xv-136, M. 6.

QUENTIN E. Darstellung u. Kritik der Lehre vom *error in persona vel obiecto* und der *aberratio ictus* unter besonderer Berücksichtigung der Gedanken des *dolus indirectus* u. *eventualis* (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

RABEL E. Elterliche Teilung (Festschrift zur 49. Versammlung deutscher Philologen u. Schulmänner p. 519-538) — Basel '07, p. 20.

Id. Origine de la règle *impossibilium nulla obligatio* — in MÉLANGES GÉRARDIN, p. 40.

Id. Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch — in AUS RÖMISCHEN c. s., p. 67, M. 2.20.

RAMBAUD J. Le droit criminel romain dans les Actes des martyrs, 2 éd — Lyon-Paris Witte '07, p. 120.

RANELLETTI E. La massa ereditaria. Studio di diritto italiano con riguardo al diritto romano e francese, con prefazione di P. BONFANTE — Milano Vallardi '08, p. xix-298, L. 7.

REGELSBERGER F. Der gerichtliche Besitzschutz nach römischem Recht, nach gemeinem Recht u. nach dem BGB. — in FESTSCHRIFT FÜR... GIESSEN c. s., p. 40, M. 1.20.

REICHLING D. Die Schutzmittel des Bürgen nach röm. u. bürgerl. Recht mit einander verglichen (Diss.) — Münster Westf. Vereinsdruckerei '07, p. 67.

RHODE H. Erklärung der l. 3 pr. D. *de pign. et hypoth.* 20. I unter Berücksichtigung der l. I D. *de except. rei iud.* 44, 2. Ein Beitrag zur Lehre von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft nach römischem u. heutigem Recht (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

RIEZLER K. Ueber Finanzen u. Monopole im alten Griechenland. Zur Theorie u. Geschichte der antiken Stadtwirtschaft (Gekrönte Preisschrift) — Berlin Puttkammer u. Mühlbrecht '07, p. 98, M. 2.40.

ROFFHACK H. Der Wildschadenersatz nach altem u. neuem Recht (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

ROSADI G. Il processo di Gesù, 4 ed. — Firenze Sansoni '08, p. xv-440, L. 2.

Id. Le procès de Jésus. Traduit par M. D'ALBOLA — '07, in-12, fr. 3.

ROSENBERG L. Stellvertretung im Prozess... nebst einer Geschichte der prozessualischen Stellvertretung — Berlin Vahlen '08, p. ix-1016, M. 20.

ROST E. Interpretation der L. 15 D. *de exc. rei iudic.* 44.2 *Si inter me et te* u. die Anwendbarkeit der in ihr entwickelten Grundsätze nach heutigem Reichsrecht (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

ROTA R. Il delitto politico nell'età antica (Tesi) — Torino Bocca '07, p. viii-185, L. 4.

RUBENSOHN O. vedi ELEPHANTINE-PAPYRI.

RÜMELIN M. Bernhard Windscheid u. sein Einfluss auf Privatrecht u. Privatrechtswissenschaft (Rede) — Tübingen Schnürlein '07, p. 48, M. 1.20.

RUTENBECK E. Der Gegensatz der sogenannten Konversion zur Restätigung nicht gültiger Rechtsgeschäfte nach gemeinem Recht u. BGB. (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

SACCHI A. vv. *Novelle di Giustiniano, Obbligazioni I Diritto romano, Pandette, Papiria lex*, in *Il Digesto Italiano* disp. 627 (8^a del vol. XVI), 645 (10^a id.), 633bis (2^a del vol. XVIII p. 1) — Torino Unione tip.-editrice '07, L. 2 la dispensa.

SACHAU E. vedi SYRISCHE RECHTSBÜCHER.

SALEILLES R. Les *piae causae* dans le droit de Justinien — in *MÉLANGES GÉRARDIN*, p. 39.

SALKOWSKI C. Institutionen. Grundzüge u. System des römischen Privatrechts, 9 Aufl. — Leipzig Tauchnitz '07, p. xxii-618, M. 9.

SALVIOLI G. Trattato di storia del diritto italiano, 6 ed. — Torino Unione tip.-ed. '08, p. xiv-811, L. 14.

SCHAEFFER C. Grundriss des Bürgerlichen Rechts unter Berücksichtigung des römischen u. gemeinen Rechts, IV-V Bd., I-III Bd. 2-3 Auflage — Berlin Puttkammer u. Mühlbrecht '07-08, p. 95, 144, iv-110, iv-132, 110. M. 2, 2.40, 2, 2.40, 2.

SCHLOSSMANN S. Praescriptiones and praescripta verba. Wider die Schriftformel des römischen Formularprozesses — Leipzig Deichert '07, p. iii-50, M. 1.40.

SCHNABEL F. Der kleine Tribonianus. Eine Summe des römischen

Sachen- und Obligationenrechts — Kattowitz Siwinna '08, p. 61 in-16, M. 1.50.

SCHNEIDWIN M. Eine antike Instruktion an einen Verwaltungschef. Mit einer Einleitung über römische Provinzialverwaltung — Berlin Curtius '07, p. xi-125, M. 2.50.

SCHOLTEN P. De waarde van het Romeinsche recht (Il valore del diritto romano. — Discorso accademico) — Zwolle Tjeenk Willink '07, p. 36, fl. 0.50.

SCHUPFER F. Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti, leggi e scienza, 4 ed. — Città di Castello Lapi (Roma Loescher) '08, p. viii-783, L. 16.

SCHWARZ H. Die Lehre von den Verwendungen nach dem BGB. unter bes. Berücks. des römischen Rechts, des älteren deutschen Rechts u. des Handelsrechts (Diss.) — Heidelberg Hörning '07, p. 82.

SCIALOJA V. Compravendita. Esegesi del tit. I lib. XVIII del Digesto. Lezioni stenografate e compilate dal dott. G. PULVIRENTI — Roma Forlivesi '07, p. 432.

Id. Negozi giuridici. Lezioni a. 1892-93, 2 ed. (Ristampa) — Roma Speranza e Martoriati '07, p. 703-viii, L. 10.

SCRUTTON T. E. Roman Law Influence in Chancery, Church, Courts, Admiralty, and Law Merchant, 1885, p. 40 — in SELECT ESSAYS ecc. (vedi sopra BRYCE J.).

SECKEL E. Die Haftung de peculio u. de in rem verso aus der Litiscontestatio und dem Urteil nach klassischem römischem Recht — in AUS RÖMISCHEN c. s., p. 62, M. 2.

Id. Gedächtnisrede auf H. Dernburg — Halle Buchdruck des Waisenhauses '08, p. 27 (Bildnis), M. 0.60.

Id. vedi HEUMANN'S HANDELEXIKON.

SEEK O. vedi BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

SEUFFERT L. v. Loskauf der Sklaven mit ihren Geld — in FEST-SCHRIFT c. s., p. 20, M. 0.60.

SIBER H. Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz — Leipzig Deichert '07, p. xii-264, M. 6.

SOHM R. Institutionen u. Geschichte des römischen Privatrechts, 13 Aufl. — Leipzig Duncker u. Humblot '08, p. xiv-765, M. 13.

Id. Institutes of Roman Law. Translated by J. C. LEDLIE. With

an Introduction by E. GRUEBER. 3 ed. — Oxford Clarendon '07, p. xv-606, s. 16.

SOKOLOWSKI P. Die Philosophie im Privatrecht. II Bd. Der Besitz im klassischen Recht u. dem deutschen bürgerlichen Gesetz — Halle Niemeyer '07, p. xiv-469, M. 12.

SOLARI A. Ricerche spartane (*Navarchi, Efori, ecc*) — Livorno Giusti '07, p. xx-303, L. 5.

SOLMI A. Storia del diritto italiano — Milano, Società editrice libraria '08, p. xxii-916 in-24, L. 10.

SPIEGELBERG W. Der Papyrus Libbey. Ein ägyptischer Heiratsvertrag — Strassburg Trübner '07, p. v-12 in-4 con 3 tavole, M. 4.

STEIN F. Ueber Vertragseinheit u. Vertragsmehrheit beim Kauf im römischen u. heutigen bürgerlichen Rechte (Diss.) — Bornaleipzig Noske '07, p. 48.

STINTZING W. Nexum mancipiumque u. mancipatio — Leipzig Liebisch '07, p. 54, M. 1.50.

STOCQUART E. Aperçu de l'évolution juridique du mariage. II Espagne — Bruxelles Lamberty (Paris Librairie générale de droit) '07, p. 283, fr. 3.50.

STUDI E MEMORIE per la storia dell'Università di Bologna. Vol. I, p. 1 — Bologna Azzoguidi '07, p. ix-97, L. 3.

SYRISCHE RECHTSBÜCHER. I Bd. Leges Constantini Theodosii Leonis. Hrsg. u. übersetzt von E. SACHAU — Berlin Reimer '07, p. xxv-224, M. 16.

TAMASSIA N. L'elemento latino nella vita del diritto italiano (Discorso inaugurale) — Padova Randi '07, p. 32.

TASCHENWÖRTERBUCH zum Corpus iuris civilis u. anderen römischen Rechtsquellen. Mit einer Uebersicht über Juristen, Leges u. Senatus Consulta nebst 2 Verwandtschaftstafeln — Berlin Müller '07, p. iv-170, M. 2.

TEORIA DELLA PROPRIETÀ. Lezioni raccolte da G. CUGUSI. Università di Napoli. Corso ufficiale di diritto romano a. '06-07 (prof. C. FADDA) — Napoli Piero '07, p. 350, L. 10.

ID. Parte speciale Lezioni raccolte da G. ARE, c. s., a. '07-08 (c. s.) fasc. 1-2 — Napoli Alvano '08, p. 176, L. 10 il volume completo.

THE TEBTUNIS PAPYRI, Part II Edited by B. P. GRENFELL and

A. S. HUNTH with the assistance of E. J. GOODSPEED (University of California Publications) — London Frowde '07, p. xv-485 with a map and 2 plates, s. 30.

TOUTAIN J. Les cultes païens dans l'Empire romain. Première partie: Les provinces latine. Tome I: Les cultes officiels; les cultes romains et gréco-romains (Biblioth. de l'Ecole des Hautes Etudes, Sciences religieuses XX vol.) — Paris Leroux '07, p. v-472, fr. 10.

ΤΡΙΑΝΤΑΦΥΛΛΟΠΟΥΛΟΣ Κ. Δ. — Περὶ τῆς *condictio incerti* ἐν τῷ ῥωμαϊκῷ δικαίῳ — Ἐν Ἀθήναις Σακελλάριος '07, p. 166, δρ. 3.

TRIEBS F. Studien zur Lex Dei. 2 Heft: Das römische Recht der Lex Dei über das 6 Gebot des Dekalogs — Freiburg i. Br. Herder '07, p. xi-133, M. 3.

TROULLIER A. Le droit romain source du droit français — Paris Pichon et Durand-Auzias '07, p. 151.

TUHR A. v. Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung — in AUS RÖMISCHEM c. s., p. 32, M. 1.

UNIVERSITÀ DI NAPOLI vedi TEORIA DELLA PROPRIETÀ.

VACCARI P. Ricerche di storia giuridica. I Il colonato romano e l'invasione longobarda. II ... — Pavia Bizzoni '07, p. 43.

VALLI A. Servitù prediali. Servitù personali. Storia della loro distinzione (Tesi) — Torino Tipografia editrice '07, p. 86.

VANČURA I. Agrární právo římské republiky (Il diritto agrario della Repubblica romana) — V Praze Bursik-Kohout '08, p. 306, K. 6.

VIARD P. Le praes (Thèse) — Dijon Jobard '07, p. xii-206, fr. 5.

WAGNER E. Un processo in Atene. Trad. dal tedesco di A. CO-SATTINI — Livorno Giusti '07, p. vii-62, L. 0.70.

WAHRMUND L. vedi QUELLEN.

WEBER H. Attisches Prozessrecht in den attischen Seebundstaaten — Paderborn Schöningh '08, p. 66, M. 2.

WEBER M. Ehefrau und Mutter in der Rechtsentwicklung — Tübingen Mohr '07, p. xvi-573, M. 10.

WEINEL H. Die Stellung des Urchristentums zum Staat (Antrittsrede) — Tübingen Mohr '08, p. 63, M. 1.50.

WENDT B. Zwei geschichtliche Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '08

WENDT O. Besitz und Besitzwille — in FESTSSCHRIFT c. s., p. 32, M. 1

WENGER L. Die Stellung des öffentlichen römischen Rechts im

Universitätsunterrichte. 2 Vorträge geh. im Grazer Juristenvereine — Wien Manz '07, p. 40, K. 1.40.

Id. Zum Wohn- u. Wirtschaftsrecht in den Papyri — in *Aus RÖMISCHEM c. s.*, p. 13, M. 0.50.

WITTNEBEN L. Partitionslegat u. Universalfideikommiss (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07.

WISSINGER J. Die L. 25 § 2 D. de except. rei jud. 44.2 Der Einfluss der Klage eines vollmachtlosen Vertreters auf die Wiederholung derselben Klage nach römischem u. heutigem Recht (Diss.) — Berlin Streisand '07, p. 55.

WOLSKI H. L. 51 pr. D. ad leg. Aquil. 9. 2 und die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges im römischen u. heutigen Recht (Diss.) — Erlangen '07, p. 60

ZIPPERLING A. Das Wesen des beneficium competentiae in geschichtlicher Entwicklung — Marburg Elvert '07, p. 166, M. 4.

... (*motio*) De universitatibus iuris et facti — Torino Stab. tip. naz. '07, p. 43.

II. — Periodici.

American Ecclesiastical Review XXXVI. '07: KEOGH A. The Social Position of the Early Christians of Rome.

American Historical Review (The) XII. '06-07: *Glötz G.* Etudes sociales et juridiques sur l'antiquité grecque (W. S. FERGUSON); *Arnold W. T.* Studies of Roman Imperialism (F. F. ABBOTT). — XIII. '07-'08. 1: *Donaldson J.* Woman. Her Position and Influence in Ancient Grece and Rome etc. (E. H. McNEAL).

American Law Review XLI. '07; Howe W. W. The Study of Roman and Civil Law.

Annali delle Università Toscane XXVIII. '08: BUONAMICI F. Burgundio Pisano; Id. Recitatio solemnitas ad § Sed veteres 7 Instit. De noxal. action. IV. 8.

Année sociologique (L') X. '05-06 (pubblicato nel '07): HUVELIN P. Magie et droit individuel; *Otto W.* Priester und Tempel im hellenistischen Ägypten (M. MAUSS); *Brugi B.* Il diritto greco classico e la sociologia (E. DURKHEIM); *Brini G.* L'obbligazione (P. HUVELIN);

Sveboda H. Beiträge zur griechischen Rechtsgeschichte (Id.); *Schlossmann S.* Praescriptiones (Id.); *Glotz G.* Études (P. FAUCONNET).

Archiv für bürgerliches Recht XXXI. '07-08: *HEDEMANN J. W.* Zivilistische Rundschau, II Enzyklop. Behandlung der Rechtsgeschichte, *Moeller E. v.* Trennung der deutschen u. römischen Rechtsgeschichte, *Leonhard R.* Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft, *Litten P.* Römisches Recht, *Wenger L.* Die Stellung des öffentlichen römischen Rechts... *Leonhard R.* Irrtum.

Archiv für die civilistische Praxis CI (N. F. LI). '071: *KOHLER J.* Rechtsinhalt, Rechtsfolge, Voraussetzung.

Archiv für katholisches Kirchenrecht LXXXVII (Dritte Folge XI). '07: *Knecht A.* System des justinianischen Kirchenvermögensrechtes (J. PIETSCH). — LXXXVIII (XII). '08. 1: *Kleffner A. J.* Der Briefenwechsel zwischen dem jüngern Plinius u. Kaiser Trajan die Christen betreffend (SCHAEFER).

Archiv für lateinische Lexikographie XV. '07...: *HEY O.* Aus dem kaiserlichen Kanzleistil; *HEINZE R.* Supplicium; *DÖHRING A.* Pontifex, Kalendae, Idus; *WEYMANN C.* Habeat, teneat, possideat *HEY O.*... Actuarius; *Schlossmann S.* Persona u. Πρόσωπον (*O. HEY*) *Vocabularium iurisprudentiae romanae* II. 1, *Huvelin P.* Stipulatio stipis u. sacramentum, *Schlossmann S.* Praescriptiones u. praescripta verba (L. v. SEUFFERT)

Archiv für Papyrusforschung IV. '07-08. 1-2: *TAUBENSCHLAG R.* Die ptolemäischen Schiedsrichter u. ihre Bedeutung für die Rezeption des griechischen Rechts in Aegypten; *WEISS E.* Beiträge zum gräko-ägyptischen Vormundschaftsrecht; *PREISIGKE F.* Zur Buchführung der Banken; *WILCKEN U.* Aus der Strassburger Sammlung; *STEIN A.* Die Stellvertretung im Oberkommando von Aegypten; *P. VIERECK* Das 6 Konsulat des Licinius Augustus u. das 2 des Licinius Caesar; *Miscellen*; *WILCKEN U.* Referate; *Waszyński S.* Die Bodenpacht Agrargeschichtliche Papyrustudien I Die Privatpacht (L. WENGER); *WILCKEN U.* Bibliographie... VI Zur Rechtsgeschichte, V Zur Geschichte (specialmente) — 3-4: *ROSTOWZEW M.* Zur Geschichte des Ost- und Sülhandels im ptolemäisch-römischen Aegypten; *WEISS E.* Communio pro diviso und pro indiviso in den Papyri; *WILCKEN U.* Der ägyptische Konvent; Id. Zu den Florentiner u. den Leipziger Papyri; *Wenger L.* Die Stellvertretung im Rechte der Pa-

pyri (J. PARTSCH); WILCHEN U. Papyrus-Urkunden (P. Lond. III, BGU. IV 4); *Miscellen* (Rostowzew M. Tebtynis-Papyrus 6 23).

Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie I. '07-08. 2: *Fustel de Coulanges N. D.* Der antike Staat (J. KOHLER) — 3: ZALESKIJ W. Das Verhältnis der nationalökonomischen Theorien zu den philosophischen Systemen im antiken Griechenland; *Scholten P.* De waarde van het Romeinsche recht (L. BRÜTT).

Archiv für Urkundenforschung I. '07-08. 2: FAASS B. Studien zur Ueberlieferungsgeschichte der Römischen Kaiserurkunde (von der Zeit Augustus bis Justinian).

Archivio giuridico F. Serafini LXXVIII (Terza Serie VII). '071.: ARANGIO-RUIZ V. Studii sulla dottrina romana del sequestro, II Sequestro e deposito (vedi LXXVI. '061); CHECCHINI A. I fondi militari romano-bizantini considerati in relazione con l'arimannia; *Schlossmann S.* Persona u. Πρόσωπον (V. ARANGIO RUIZ); *Id.* Praescriptiones (ID.); *Gianturco L.* Alcuni appunti su Celso, *Huvelin P.* L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule, *Vaccari P.* Ricerche di storia giuridica. Il colonato romano.

Archivio storico italiano Quinta Serie XXXIX. '071: *Tamassia N.* L'ellenismo nei documenti napoletani del Medio Evo (Q. SE, in Notizie.. Storia giuridica). — XL. '072: *Siciliano-Villanueva L.* Diritto bizantino (Q. SENIGAGLIA); *Arnold W. T.* The Roman System of Provincial Administration (F. E. VASSALLI).

Archivio storico lombardo Quarta Serie VII a. XXXIV. '071: LO PARCO F. Aulo Giano Parrasio e Andrea Alciato.

Athenaeum '071: *Donaldson J.* Woman c. s.; *Arnold W. T.* The Roman System c. s.

Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino Classe di scienze morali storiche e filosofiche XLII. '06-07: BRANDILEONE F. Origine e significato della *traditio chartae*; BRINI G. *Legatum* e *impossibilis condicio* in Gaio III, 98.

Atti dell'Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti LXVI (Ottava Serie IX) '06-07 Parte seconda: TAMASSIA N. L'ellenismo c. s.; COSTA E. I papiri fiorentini. — LXVII (X). '07-08. 1: TAMASSIA N. Giovanni Argiropulo e un proemio medievale dei libri giuridici. — 3: BRUGI B. Storia della giurisprudenza e storia delle cattedre universitarie.

Atti e Memorie dell'Accademia di Scienze Lettere ed Arti di Padova Nuova Serie XXIII a. CCCLXVI. '06-'07: BRUGI B. Giudizi di studenti tedeschi nel secolo XVI sullo Studio di Padova. — XXIV a. CCCLXVII. '07-'08. 2: ID. Un osservazione del Goldoni sull'insegnamento del diritto a Padova.

Ausonia II. '07-'08. 1: HUELSEN C. Il praefectus praetorio Furius Victorinus; Bollettino bibliografico.. Epigrafia greca (G. CARDINALI), Storia e antichità romane, Epigrafia romana (L. CANTARELLI). — 2: CANTARELLI L. I *XX vivi ex senatus consulto rei publicae curandae* al tempo di Massimino; Bollettino bibliografico... Papirologia (G. PASQUALI).

Berliner Philologische Wochenschrift XXVII. '07. Bögl H. Ueber Ciceros Rede für A. Caecina (A. MANIGK); Otto W. Priester u. Tempel im hellen. Aegypten I (L. ZIEHEN); Chapot V. La province romaine proconsulaire d'Asie (W. LIEBENAM); Boulard L. Les instructions écrites du magistrat au juge-commissaire dans l'Egypte romaine (L. WENGER); Mitteis L. Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig (P. M. MEYER); Szanto E. Ausgewählte Abhandlungen (TH. THALHEIM); Sundwall J. Epigraphische Beiträge zur sozial-politischen Geschichte Athens im Zeitalter des Demosthenes (E. ZIEBARTH); Glotz G. Études sociales et juridiques sur l'antiquité grecque (B. BÜCHSENSCHÜTZ); Francotte H. L'organisation des cités à Rhodes et en Carie (F. HILLER v. GAERTRINGER); Wesely C. Corpus Papyrorum Hermopolitanorum I (P. VIERECK, con aggiunta nelle Mitteilungen); Fustel de Coulanges Der antike Staat (TH. LENSCHAU); Mommsen Th. Juristische Schriften I-II (H. ERMANN); Ziehen L. Leges Graecorum sacrae II. 1 (P. STENGEL); Foucart P. Sénatus-consulte de Thisbé (P. VIERECK); Hitzig H. F. Die Bedeutung des altgriechischen Rechts für die vergleichende Rechtswissenschaft (A. MANIGK); Hirschfeld O. Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diokletian² (M. LIEBENAM); Fredershausen O. De iure Plautino et Terentiano I (J. KÖHM); Koeser E. De captivis Romanorum (W. LIEBENAM); Riezler K. Finanzen u. Monopole im alten Griechenland (B. BÜCHSENSCHÜTZ); Abele Th. A. Der Senat unter Augustus (W. GARDTHAUSEN). — XXVIII. '08. 2: Hirzel R. Themis (TH. THALHEIM) — 5: Preisigke F. Griechische Papyrus I. 1 (P. VIERECK) — 8: Schneidewin M. Eine antike Instruction an einen

Verwaltungschef (W. STERNKOPF) — 10: *Lipsius J. H.* Das Attische Recht (TH. THALHEIM); *Solari A.* Ricerche spartane (TH. LENSCHAU) — 17: *Levi E.* Sponsio, fidepromissio, fideiussio (B. KUEBLER) — 19: *Hitzig H. F.* Altgriechische Staatsverträge (TH. THALHEIM) — 22: *Martin A.* Notes sur l'ostracisme dans Athènes (ID.); *Wenger L.* Stellvertretung (A. MANIGK).

Blätter für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre II. '06-'07: *FITTING H.* Die systematischen Lehr- und Handbücher (*Summae*) des römischen Rechts im Zeitalter der Glossatoren (Vortrag); *BINDER J.* Die Entwicklung des Obligationenbegriffs im römischen Recht auf rechtsvergleichender Grundlage (id.); *Cornil G.* Traité de la possession dans le droit romain (G. BLONDEL).

Bollettino di filologia classica XIII. '06-'07: *PASCAL C.* Glosse giuridiche ai dialoghi di Seneca; *DALMASSO L.* Una tarda accezione del vocabolo « praetorium »; *Sundwall J.* Epigraphische Beiträge c. s. (C. O. ZURETTI). — XIV. '07-'08. 8-9: *Wagner E.* Un processo in Atene (N. VIANELLO). — 11: *Abele Th. A.* Der Senat unter Augustus (L. CANTARELLI) — 12: *Hirzel R.* Themis (G. FRACCAROLI).

Bollettino storico pistoiese IX. '07: *Chiappelli L.* Frammenti del Digesto ecc., in *Mélanges Fitting* (Q. SANTOLI).

Bulletin bibliographique et pédagogique du Musée Belge XI. 1907: *Glotz G.* La solidarité de la famille en Grèce (H. FRANCOTTE); *Schindler H.* Präparationen zu den Institutiones Justiniani (J. WILLEMS); *Cantarelli L.* La serie dei prefetti d'Egitto I, *Stein A.* Die Stellvertretung im Oberkommando von Aegypten (J. P. WALTZING); *The Tebtunis Papyri* II (ID.); *Costa E.* Storia del diritto romano pubblico (L. HALKIN); *Toutain J.* Les cultes païens dans l'Empire romain I. 1 (J. P. WALTZING). — XII. '08. 3-4: *Riezler K.* Ueber Finanzen u. Monopole im alten Griechenland (H. FRANCOTTE); *Gilliard Ch.* Quelques réformes de Solon (ID.).

Bulletin critique '07: *Boulard L.* Les instructions écrites c. s.; *Glotz G.* Etudes c. s. (A. BAUDRILLART); *Mommsen Th.* Droit pénal I (E. MEYNIAL).

Bulletin de correspondance hellénique XXXI. '07...: *SCHULHOF E.* et *HUVELIN P.* Loi réglant la vente du bois et du charbon à Délos (Fouilles de Délos '05).

Bulletin international de l'Académie des Sciences de Craco-

vie Classe de philologie. Classe d'histoire et de philosophie '07: TAUBENSCHLAG R. Die Gerichtsorganisation Aegyptens in römischer u. byzantinischer Zeit (riassunto della monografia indicata più avanti. Rozprawy — Krakowie); WASZYŃSKI S. Les Laocrites et τὰ κοινὸν δι(καστήριον).

Bulletin mensuel de la Société de Législation comparée XXXVIII. '07: Daresté R. Nouvelles études (L. GUÉRIN). — XXXIX. '08. 3: Jobbé-Duval E. Historia de la doctrine relative à la nature de la querela inofficiosi testamenti, *Id.* Explication de la loi 16 au Code de inoff. testam. (L. GUÉRIN).

Byzantinische Zeitschrift XVI. '07: Bibliographische Notizen und kleinere Mittheilungen... Papyrusforschungen (P. VIERECK) — XVII. '08. 1-2: Bibliogr. c. s. ... Jurisprudenz ... Papyrusforschungen (*Id.*)

Circolo Giuridico (II) XXXIX (Quarta Serie IX). '08. 2: Zocco-Rosa A. Sull'andamento dell'Istituto di Storia del diritto romano (G. S. S.). — 3-4; PITZORNO B. Le « Exceptiones legum Romanorum » e i documenti toscani del medio evo.

Civiltà cattolica (La) LVIII. '07^{2,3}: Le eresie e la legislazione dei primi imperatori cristiani; Il vecchio manicheismo e l'antica legge imperiale (Nov. Valentin. III tit. 18).

Classical Journal (The) III. '07: ABBOTT F. F. Municipal Politics in Pompeii.

Classical Philology II. '07: BONNER R. J. The Jurisdiction of the Athenian Arbitrators; *Magie D.* De Romanorum iuris publici sacrique vocabulis solemnibus in graecum sermonem conversis (E. CAPPS); *Meier-Schömann-Lipsius* Das Attische Recht (R. J. BONNER); *Leage* R. W. Roman Private Law (W. C. MOREY); *Hirschfeld O.* Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten² (J. H. DRAKE). — III. '08. 1: *Otto W.* Priester und Tempel im hellenistischen Aegypten (J. B. BREASTED).

Classical Quarterly (The) I. '07: MATTHAEI L. E. On the Classification of Roman Allies.

Classical Review (The) XXI. '07: COOK A. B. Συνοψάντης; *Magie* De Romanorum c. s. (H. B. W.); *Milleis L.* Griechische Urkunden (H. I. BELL); *Donaldson J.* Woman c. s. (F. GRANGER); *Sundvall J.* Die institutis rei publicae Atheniensium post Aristotelis aetatem commutatis I (M. N. TOD); *Id.* Epigraphische Beiträge c. s. (*Id.*); *Mommsen Th.* Juristische Schriften I-II (E. HARRISON). — XXII. '08. 2:

Arnold W. T. Studies of Roman Imperialism, *Id.* The Roman System of Provincial Administration (H. J. EDWARDS).

Classici e neo-latini III. '07: *Valgimigli M.* La poesia di una legge antica (Lex Rhodia).

Columbia Law Review VII. '07: *Bernard F.* Die First Year of Roman Law; *Clark E. C.* History of Roman Private Law, I Sources.

Cultura (La) XXVI '07: *Arnold W. T.* The Roman System of Provincial Administration (L. CANTARELLI); *Maschke R.* Zur Theorie und Geschichte der römischen Agrargesetze (E. CICCOTTI). — XXVII. '08. 3: *Mommsen Th.* Juristische Schriften III (R).

Deutsche Juristen-Zeitung XII. '07: *J. Partsch* Die longi temporis praescriptio (B. KÜBLER); *F. Haymann* Die Schenkung unter einer Auflage (A. MANIGK); *Müller E.* Savigny (STÖLZEL); *Rümelin M.* Windscheid (LANDSBERG); *Blüthgen F. u. Schwenk F.* Anleitung zum Studium des Corpus i. c. (KLINGMÜLLER); *Kretschmar P.* Compensation (SCHOTT); *Thiel K.* Injuria u. Beleidigung (LIEPMANN); Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft hrsg. von *R. Leonhard* (E. MÜLLER). — XIII. '08. 1: *SOHM R.* Das Studium des römischen Rechts; *Mommsen Th.* Juristische Schriften III (L. v. SEUFFERT) — 3: *Jhering R. v.* 1852-68 Briefe u. Erinnerungen (LANDSBERG); *Levy E.* Sponsio, fidepromissio, fideiussio (ROSENBERG); — 5: *Taschenwörterbuch zum Corpus i. c.* (MANIGK) — 6: *Salkowski C.* Institutionen⁹ (F. LITTEN) — 7: *Litten F.* Römisches Recht (LENEL) — 10: *Mommsen Th.* Abriss des römischen Staatsrechts² (L. v. SEUFFERT).

Deutsche Literaturzeitung XXVIII. '07: *Wenger L.* « La cité antique » in deutscher Uebersetzung (*Fustel de Coulanges* Der antike Staat); *Theodosiani libri XVI* edd. *Th. Mommsen* et *P. M. Meyer* (TH. KIPP.); *Koschaker P.* Translatio iudicii (F. NEUBECKER); *Bögli H.* Ueber Ciceros Rede für A. Caecina (B. KÜBLER); *Szanto E.* Ausgewählte Abhandlungen (B. KEIL); *Below G. v.* Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland (M. CONRAT); *Schneidewin M.* Eine antike Instruktion an einen Verwaltungschef; *Wenger L.* Stellvertretung (N. B. FRESE); *Spiegelberg W.* Der Papyrus Libbey (A. ERMAN); *Allard P.* Les dernières persécutions du III siècle; *Toutain J.* Le cadastre de l'Afrique romaine (C. H. BAALÉ);

Sundwall J. Epigraphische Beiträge c. s. (W. KOLBE); *Zipperling A.* Beneficium competentiae (H. F. HITZIG); *Gummerus H.* Der römische Gutsbetrieb (C. H. BAALÉ); *Schlossmann S.* Persona u Πρόσωπον (M. CONRAT). — XXIX. '08. 17: *Moeller E. v.* Alciat (H. U. KANTOROWICZ).¹

English Historical Review (The) XXII. '07: *Arnold W. T.* Studien of Roman Imperialism, *Id.* The Roman System of Provinzial Administration (H. S. JONES); *Holmes W. G.* The Age of Justinian and Theodora II (E. W. BROOKS); *Salvioli G.* Le capitalisme dans le monde antique.

Eos XIII. '07: *Linsenhayer A.* Die Bekämpfung des Christentums durch den römischen Staat bis zum Tode des Kaisers Julian (B. HAMMER); *Koeser E.* De captivis Romanorum (F. NAGÓRZAŃSKI).

Filangieri (II) XXXII. '07: *CLERICI O.* Sull'origine del contratto di compravendita nel diritto romano; *MIADONNA E.* Il broccardo *in illiquidis non fit mora* e l'art. 1231 del cod. civ.; *Mommsen Th.* Droit pénal romain I-II (G. BAVIERA). — XXXIII. '08. 1-2: *GALGANO S. F.* Dell'acquisto del tesoro e del requisito del nascondimento nella tradizione storica e nel diritto vigente; *DE ANGELIS E.* L'eredità apparente. Studio sull'art. 933 cod. civ. ital.

Foro Italiano (II) XXXII. '07: *FERRARA F.* Il carattere della scoperta nell'acquisto del tesoro; *SEGRÈ G.* Possesso pro indiviso e azione di divisione tra compossessori.

Gaius I '07-08. 1: *PINELES S.* Unser Ziel; *Id.* Leibniz über das Verhältnis der Rechtsgeschichte zur Rechtsvergleichung; *Id.* Quaestio Domitiana, Responsum Celsinum, im römischen und russischen Recht; *Id.* Wlassaks Abhandlung über die prätorischen Freilassungen; *Id.* Zur Reform der juristischen Studien in Oesterreich — 2: *Id.* Die römische Rechtsregel *ex asse fit dupondium (in alium assem venire)* und die altrömische Rechenkunst; *Id.* Die unvollständige Teilung oder *communio pro diviso* im römischen Recht, insbes. das Stockwerkseigentum...; *Lex Papia* oder *Papia*? — 3: *Id.* Zwei neue Pandektenstellen über das Stockwerkseigentum (L. 52 § 10 D. *pro socio* 17. 2 und L. 15 § 13 D. *de damno infecto* 39. 2); *Id.* Eine merkwürdige assyrisch-ägyptisch-römische Vorsichtsmassregel bei schriftlichen Testamenten und Rechtsakten — 4: *Id.* Eine dritte neue Pandektenstelle über das Stockwerkseigentum (L. 8 § 5 D. *si servitus*

vindicetur 8. 5); Id. Der Digestentitel « de rebus creditis » XII. 1. u. der Titel « Emanat » (res creditae) im türkischen Zivilgesetzbuch; Id. Die Bedeutung des römischen Rechts für das englisch-amerikanische u. das russische Recht — 5: Id. Das Darlehen auf Gefahr des Darleihers; Id. Die gegenwärtige Bedeutung des Pandektenrechts in Deutschland; Id. Eine ägyptische Papyrusurkunde aus dem Jahre 211 n. Chr. über Stockwerkseigentum; Zeiller u. die Quaestio Domitiana; Lex Papia und Papia.

Göttingische gelehrte Anzeigen CLXIX. '07: *Grenfell and Hunt* The Hibeh Papyri (W. SCHUBART); *Mitteis L.* Griechische Urkunden (L. WENGER); Griechische Papyrus der Universitäts- und Landesbibliothek zu Strassburg hrsg. von *F. Preisigke* (Id.); *Bigelmair A.* Die Beteiligung der Christen am öffentlichen Leben in vorkonstantinischer Zeit (N. BONWETSCH); *Boulard L.* Les instructions écrites du magistrat (P. KOSCHAKER). -- CLXX '08. 3: The Tebtunis Papyri II (W. SCHUBART).

Harvard Law Review XX. '06-07: *LEFROY A. H. F.* Rome and Law. — XXI. '07-08. 1: *Bernard F.* The First Year of Roman Law, Transl. (M. S.); *Clark E. C.* History of Roman Private Law I (C. P. S.).

Historische Vierteljahrsschrift X. '07: *waszyński S.* Die Bodenpacht c. s. (E. KORNEWMANN); *Hirschfeld O.* Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten² (G. MAU).

Historische Zeitschrift XCVIII (Dritte Folge II). '06-07: *Below G. v.* Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts (E. ROSENTHAL); Zum ältesten Strafrecht der Kurturvölker (A. V.). — C (IV). '07-08. 1: *Fleischmann W.* Altgermanische u. altrömische Agrarverhältnisse (K. WELLER). — CI (V). '08. 1: *Fustel de Coulanges* Der antike Staat.

Jahrbuch für Gesetzgebung Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich XXXI. '07: *SEUTEMANN K.* Ulpianus als Statistiker (L. 68 pr. D. *ad leg. Falc.* 35. 2); *Windscheid B.* Gesammelte Reden u. Abhandlungen (M. RÜMELIN); *Schneidewin M.* Eine antike Instruktion an einen Verwaltungschef (F. CAUER).

Jahresberichte der Geschichtswissenschaft XXVIII. '05 (pubblicato nel '07): Altertum... Römer... Rechtswesen (I 255 e segg.; W. LIEBENAM).

Jahresbericht über die Fortschritte der klassischen Altertums-

wissenschaft CXXXIV a. XXXV. '07²: KALB W. Jahresbericht über die römischen Juristen für '01-05 (06); MAY J. Bericht über die Literatur zu Cicero Reden aus den Jahren '03 bis '06 (... *Pflüger H.* Ciceros Rede pro Q. Roscio comoedo, rechtlich beleuchtet u. verwertet... *Bögli H.* Ueber Ciceros Rede für A. Caecina... *Cauer F.* Ciceros politisches Denken).

Jahreshefte des österreichischen archäologischen Institutes in Wien X. '07: *Ritterling E.* Zu zwei griechischen Inschriften römischer Verwaltungsbeamten.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts Zweite Folge XVI. '07 (= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen u. deutschen Privatrechts LII): LUEBBERT E. Der Kreditvertrag. Ein Beitrag zur Geschichte u. Dogmatik des Darlehens.

Journal des Savants Nouvelle Série V. '07: *Mommsen Th.* Droit pénal romain I et II (R. C.).

Juristisches Literaturblatt XIX. '07: *Taschenwörterbuch zum Corpus i. c.*; *Zipperling A.* Das beneficium competentiae (P. OERTMANN) — XX '08. 1: *Litten F.* Römisches Recht (v. SCHRUTKA); *Hirzel R.* Themis, Dike u. Verwandtes (RIEKER) — 2: *Hitzig H. F.* Altgriechische Staatsverträge (DELIUS).

Klio, Beiträge zur alten Geschichte VII. '07: MEYER P. M. Papyrusbeiträge zur römischen Kaisergeschichte (Praef. Aegypti, - con aggiunta nelle « Mitteilungen »); CAGNAT R. Le règlement du collège des tubicines de la légion III^e Augusta; SCHULTEN A. Die *Lex Hadriana de rudibus agris* nach einer neuen Inschrift (Mit einer Karte im Text); PREISIGKE F. Die ptolemäische Staatspost; MEYER P. M. Zum ptolemäischen Gerichtsverfahren.

Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft XLVII (Dritte Folge XI). '06-07: Theodosiani libri XVI edd. *Th. Mommsen et P. M. Meyer* (P. KRÜGER); *Below G. v.* Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland (A. STÖLZEL) — XLVIII (XII). '08.1: *Partsch J.* Die longi temporis praescriptio im klassischen römischen Rechte (B. FRESE).

Law Magazine and Review (The) Fifth Series XXXII. '06-07: *Potts T. R.* Summary of the Institutes of Gaius. — XXXIII. '07-08. 2 (N. 347): *Chalmers D. and Barnes L. H.* Student's Guide to Roman

Law — 3 (348): *Sohm R.* Institutes; *Mitteis L.* Romisches Privatrecht I.

Law Quarterly Review (The) XXIII. '07: *Speyer H.* Le jury a Rome et en Angleterre; *Clark E. C.* History of Roman Private Law I (S. H. L.); *Girard P. F.* A Short History of Roman Law translated (Id.); *Mackintosh J.* The Roman Law of Sale; *Potts T. R.* Gaius c. s.; *Bernard F.* The First Year c. s.

Litterarische Rundschau für das katholische Deutschland XXXIII. '07: *Knecht A.* System des justinianischen Kirchenvermögensrechtes (N. HILLING); *Triebbs F.* Studien zur Lex Dei II (P. SPAHN).

Litterarisches Zentralblatt LVIII. '07: *Schlossmann S.* Praescriptiones (H. KRUEGER); *Schulz F.* Sabinus-Fragmente (Id.); Griechische Papyrus der Bibliothek zu Strassburg (W. SCHUBART); *Glötz G.* Études (E. DRERUP); *Holmes W. G.* The Age of Justinian I (E. GERLAND); *Wenger L.* Stellvertretung (F. PREISIGKE); *Moeller E. v.* Die Trennung der deutschen und der römischen Rechtsgeschichte (G. v. BELOW); *Koschembahr-Lyskowski J. v.* Condictio II; *Arnold W. T.* The Roman System of Provincial Administration (A. STEIN); *Holmes W. G.* c. s. II (E. GERLAND); *Wahrmund L.* Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes I 6/7 (Γ); *Spiegelberg W.* Der Papyrus Libbey (G. RDR.); *E. Szanto* Abhandlungen (E. DRERUP); *Kretschmar P.* Die Erfüllung, I Historische u. dogmatische Grundlagen; *Boulard L.* Les instructions écrites du magistrat; *Toutain J.* Les cultes païens; The Tebtunis Papyri II (C.); *Litten F.* Römisches Recht; *Mommsen Th.* Juristische Schriften 3 Bde; *Ziehen L.* Leges Graecorum sacrae II. 1 (CR); *Beseler G.* Das edictum de eo quod certo loco; *Sachau E.* Syrische Rechtsbücher (BROCKELMANN). — LIX. '08. 7: *Sokolowski P.* Die Philosophie im Privatrecht II (E. H.); *Girard P. F.* Geschichte u. System — 8: *Aus römischem u. bürgerlichem Recht* — 12: *Griechische Papyrus ... F. Preisigke* I. 2 (W. SCHUBART) — 15: *Moeller E. v.* Alciat — 22: *Mitteis L.* Römisches Privatrecht I — 20: *Donaldson J.* Woman (E. DRERUP).

Mélanges d'archéologie et d'histoire (Ecole française de Rome) XXVII. '07: *Piganiol A.* L'impôt foncier des clarissimes et des curiales au Bas-Empire romain.

Mémoires présentés par divers savants à l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres XII¹. '07: TOUTAIN J. Le cadastre de l'Afrique romaine. — XII². '07: MARTIN A. Notes sur l'ostracisme dans Athènes.

Memorie dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna. Classe di Scienze Morali. Sezione giuridica Serie prima. I '06-07: COSTA E. La pretura di Verre. Contributo allo studio giuridico delle Verrine; BRINI G. Di alcune lezioni delle Pandette (23. l. 1; 23. 3 9 § 1; 44. 7. 8; 48 l. 3; h. t. 4); GAUDENZI A. Lo svolgimento parallelo del diritto longobardo e del diritto romano a Ravenna; COSTA E. Cicerone giureconsulto; BRINI G. Intorno alle obbligazioni naturali nel diritto romano privato.

Michigan Law Review V. '06-07: *Bernard F.* The First Year of Roman Law (J. H. D.); *Hirschfeld O.* Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten². — VI. '07-'08. 1, 3: ION TH. P. Roman Law and Mohammedan Jurisprudence (cont.) — 5: ID. id. (fine); SOHM R. Institutes³ (J. A. D.).

Mnemosyne Nova Series XXXV. '07: NABER J. C. Observatiunculæ de iure romano (XCVII De pignore legitimo XCVIII Quando satisfactio evitetur). — XXXVI. '08. 1: ID. ID. (XCIX Compensatio quotuplex).

Musée Belge (Le) XI. '07: FRANCOTTE H. Etude sur le système des impôts dans les cités et les royaumes grecs. Phoros, eisphora, syntaxis; COLLARD CH. De l'authenticité de la loi des XII Tables; FRANCOTTE H. Le tribut des alliés d'Athènes; HOHLWEIN N. L'administration des villages égyptiens à l'époque gréco-romaine (Police *Suite*, vedi '05 e '06). — XII. '08. 2: ID. Liturgies dans l'Egypte romaine.

Neue Jahrbücher für das klassische Altertum XIX a X. '07: PETER H. Pontius Pilatus, der römische Landpfleger in Judäa. — XXI a. XI. '08. 4: KORNEMANN E. Stadtstaat u. Flächenstaat des Altertums im ihren Wechselbeziehungen; BRUHN E. Q. Ciceros Handbüchlein für Wahlbewerber.

Neue Philologische Rundschau XXIV. '07: *Wenger L.* Rechtshistorische Papyrusstudien (O. SCHULTHESS); *Fustel de Coulanges* Der antike Staat (O. WACKERMANN); *Hitzig H. F.* Altgriechische Staatsverträge über Rechtshilfe (H. SWOBODA). — XXXV. '08. 3: *Abele*

Th. A. Der Senat unter Augustus (ERICHSEN); *Mommsen Th. Juristische Schriften III* (H. F. HITZIG) — 10. *Solari A. Ricerche spartane* (TH. LENSCHAU).

Nouvelle Revue historique de droit français et étranger
XXXI. '07: MISPOULET J. B. L'inscription d'Aïn el Djemala; APPLETON CH. L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine (fr. 16 D. 12. 4. Post-scriptum); ACHER J. Glanures; HUVELIN P. La solidarité de la famille en Grèce et la méthode du droit comparé (d'après un livre récent: *Glötz G. id.*); MISPOULET J. B. Le régime des mines à l'époque romaine et au moyen-âge, d'après les Tables d'Aljustrel; DECLAREUIL J. Quelques problèmes d'histoire des institutions municipales au temps de l'Empire romain (vedi '02, '04; cont.); APPLETON CH. La méthode des applications pratiques. Une rectification; JOBBÉ-DUVAL E. Histoire de la doctrine relative à la nature de la querela inofficiosi testamenti; *Barbagallo C. La fine della Grecia antica* (G. PLATON); *Glötz G. Études sociales et juridiques sur l'antiquité grecque* (L. BOULARD); *Swoboda H. Beiträge zur griechischen Rechtsgeschichte* (ID.); *Champault Ph. Phéniciens et Grecs en Italie d'après l'Odyssée* (G. TESTAUD); *G. Bortolucci Il delitto e la pena nei dialoghi di Platone* (R. DEMOGUE); *Otto W. Priester u. Tempel im hellenistischen Aegypten* (G. PLATON); *Galante A. Cose sacre* (J. HÉMARD); *Huvelin P. Stipulatio stips et sacramentum* (J. ACHER); *Marchi A. I testi della Pandette relativi alla vendita e al legato della militia* (J. DECLAREUIL); *Poste E. Gai Institutiones* (G. TESTAUD); *Windscheid B. Pandekten*² (J. DUQUESNE); *Marchi A. Le interpolazioni risultanti dal confronto tra il Gregoriano, l'Ermog., il Teodos., le Novelle posttheodos. e il Cod. giust.* (J. D.); *Clark E. C. History I* (G. MAY); *Mommsen Th. Droit pénal* (G. M.); *Herzen N. Précis de droit romain* (G. TESTAUD); *Fortini A. Dicta praeceptaque iuris* (G. T.); *Hirschfeld O. Verwaltungsbeamten*² (J. DUQUESNE); *Solazzi S. L'editto de fructu praediorum vendendo locando* (ID.); *Zum ältesten Strafrecht der Kulturvölker* (ID.); *Costa E. T. Mommsen* (J. DECLAREUIL); *Platon G. Προτάσεις* (ID.); *Siciliano-Villanueva L. Diritto bizantino* (R. D.); *Fitting H. Die systematischen Lehr- und Handbücher (Summae) des römischen Rechts im Zeitalter der Glossatoren* (R. CAILLEMER). — XXXII. '08. 1: CHABRUN C. La « deductio quae moribus fit »; DECLAREUIL J. Quelques problèmes c. s. (cont.); *Hitzig F. H.*

Altgriechische Staatsverträge (R. D.); *Audollent* A. Defixionum tabellae (P. HUVELIN); *Costa* E. Storia del diritto romano pubblico (G. TESTAUD); *Bortolucci* J. Index verborum graecorum quae in Inst. et Dig. occurrunt (L. BOULARD); *Levy* E. Sponsio, fidepromissio, fideiussio (E. PERROT); *Quaglia* S. M. Il mandato in diritto romano (E. LYON); *De Ruggiero* R. Depositum vel commodatum (E. L.); *Litten* F. Römisches Recht (E. LYON); *Bögli* H. Ueber Ciceros Rede für A. Caecina (C. CHABRUN); *Clerici* O. Sul Beneficium competentiae, Sul diritto successorio delle XII Tavole, Sui contratti irregolari in diritto romano, Sulla regola catoniana, Fr. 11 D. ad legem Iuliam peculatus (E. LYON); *Cornil* G. Résumé de *Sokolowski* Die Philosophie im Privatrecht I (Id.). — 2: *DEBRAY* L. Contribution à l'étude du serment nécessaire (cont.); *DUQUESNE* J. A travers la condictio; *BUCKLAND* W. W. Observations sur deux études concernant le droit de l'esclavage. I Transfert de la propriété par un esclave (*F. Eisele*), Les manumissions prétoriennes (*M. Wlassak*); *Mélanges Gérardin* (F. SENN.); *Bertolini* C. Appunti didattici 2-6 (J. DUQUESNE); *Studi in onore di C. Fadda* (Id.); *Sohm* R. The Institutes³ (G. TESTAUD).

Nuovo Archivio Veneto XIV. '07: *BRUGI* B. Una descrizione dello Studio di Padova in un ms. del secolo XVI del Museo Britannico. — XV. '08. 1: *Pitzorno* B. Il Liber romanae legis della Ratio de lege romana (R. PREDELLI).

Nuovo Bullettino di archeologia cristiana XIII. '07: *FRANCHI DE' CAVALIERI* P. Della *furca* e della sua sostituzione alla croce nel diritto penale romano.

Oesterreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis XXVI. '08. 2: *BIERMANN* J. Heinrich Dernburg und seine Bedeutung; *Leonhard* R. Irrtum als Ursache nichtiger Verträge II.

Philologus LXVI (Neue Folge XX). '07: *LEZIUS* J. Gentilizische u. locale Phylen in Attika; *GERHARD* G. A. Zum Heidelberger Digestenpapyrus (LL. 17-19 Dig.V. 2) — Supplementband X. 4. '07: *HAHN* L. Sprachenkampf im römischen Reich bis auf die Zeit Justinians. — LXVII (XXI). '08. 1: *MÜLLER* A. Die Primipilares und der pastus primipili.

Polybiblion CIX (Partie littéraire Deuxième Série LXV). '07: *Linsenmayer* A. Die Bekämpfung des Christenthums durch den römischen Staat (H. D.); *Jhering* R. v. Études complémentaires de

l'Esprit du droit romain V-IX (P. F.); *Mommsen Th.* Droit pénal romain I (M. LAMBERT in *Jurisprudence* voce generale). — CX (c. s. LXVI). '07²: *Rambaud J.* Le droit criminel romain dans les Actes des martyrs (E. PONTAL); *Glotz G.* Études (E. B); *Salvioli G.* Le capitalisme dans le monde antique (A. BAUDRILLART); *Obrist A.* Essai sur les origines du testament romain (M. LAMBERT c. s.). — CXII (LXVII). '08.¹ 4: *Martin A.* Notes sur l'ostracisme dans Athènes (A. B.)

Rassegna universitaria catanese VI (Nuova Serie IV). '06-07: Atti dell'Istituto di Storia del diritto romano; Zocco-Rosa A. Sulla data della lex Fufia Caninia e sui suoi rapporti cronologici con la lex Aelia Sentia; TORNABENE G. La nuova fase critica della storia della primitiva successione testamentaria nel diritto romano; CALI R. L'imposta fondiaria nella storia del diritto romano; Zocco-Rosa A. Un'iscrizione greca relativa al giureconsulto Licinnius Rufinus; Id. Sull'andamento dell'Istituto c. s.; VERDIRAME G. La lotta di classe nell'antica Roma e gli ideali di giustizia sociale maturatisi attraverso ad essa. Discorso (Transunto); Zocco-Rosa A. La nuova Tavola d'Aljustrel; TRIGONA G. Furono noti ai Romani i titoli al portatore?; BORRAGINE L. L'imposta sulla successione nella storia del diritto romano. Nota preventiva; Zocco-Rosa A. Di alcuni nuovi studi sulla Tavola d'Eraclea; *Ciccaglione F.* I titoli al portatore nell'Italia bizantina meridionale e nella Sicilia, *Pascal C.* Glosse giuridiche ai dialoghi di Seneca, *Sorrentino A. F.* La cattedra d'Istituzioni giustinianee nell'Università di Catania dal 1472 al 1882 (A. Zocco-Rosa).

Recueil de Législation de Toulouse Deuxième Série III. '07: DELOUME A. La passion de l'argent dans les instincts, les lois et les mœurs des Romains. Plutocratie croissante jusqu'à l'Empire.

Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere Seconda Serie XL. '07: BONFANTE P. Il silenzio nelle relazioni giuridiche; LONGO C. Note critiche a proposito della tricotomia *ius naturale gentium, civile*; BONFANTE P. Sulla genesi e l'evoluzione del *contractus* — XLI. '08. 9: DE FRANCISCI P. Contributo alla biografia di Salvio Giuliano.

Revista general de Legislación y Jurisprudencia CXI a. LV. '07²: *Fitting* Los compendios y manuales (Summae) del derecho ro-

mano en la época de los glosadores (in VIII) — CXII a. LVI. '08¹. 1: DEI RÍO URRUTI F. Platón y el Derecho penal moderno.

Revue Archéologique Quatrième Série IX. '07¹: *Arnold W. T.* The Roman System of Provincial Administration (S. R.). — X. '07²: *VERCOUTRE A. T.* L'arrestation des malfaiteurs chez les Romains (in *Nouvelles archéologiques*). — XI. '08¹. 2: *REINACH S.* Une ordalie par le poison à Rome et l'affaire des Bacchanales.

Revue critique d'histoire et de littérature Nouvelle Série LXIII a. XLl. '07¹: *Koeser E.* De captivis Romanorum (P. L.); *Mommsen Th. et Meyer P. M.* Theodosiani lib. XVI (P. LEJAY); *Szanto E.* Abhandlungen (My.); *Glotz G.* Études (Id.). — N. S. LXIV, c. s. '07²: *Toutain J.* Le cadastre de l'Afrique romaine (R. C.); *Spiegelberg W.* Der Papyrus Libbey (G. MASPERO); *Otto W.* Die wirtschaftliche Lage und Bildung der Priester im hellenistischen Aegypten (Id.); *Dareste R.* Nouvelles études d'histoire du droit III (R.); *Gilliard Ch.* Quelques réformes de Solon (A. HAUETTE); *Mommsen Th.* Juristische Schriften III (P. LEJAY). — LXV a. XLII. '08¹. 17: *Zilhen L.* Leges Graecorum sacrae (My.). — 18: *Bonner R. J.* The Jurisdiction of the Athenian Arbitrators (Id.). — 21: *Hitzig H. F.* Altgriechische Staatsverträge (Id.). — 22: *Hirzel R.* Themis (Id.).

Revue de droit international et de législation comparée XXXIX Deuxième Série IX. '07: *CORNIL G.* La volonté de posséder et la distinction entre la possession et la détention en droit allemand; Id. Philosophie et droit privé. Résumé d'un livre de M. P. Sokolowski (Die Philosophie im Privatrecht, I Bd. Sachbegriff u. Körper in der klassischen Jurisprudenz); *Mommsen Th.* Droit pénal II, *Collard Ch.* De l'authenticité de la loi des XII Tables, *Mommsen Th.* Juristische Schriften III, *Bögli H.* Ueber Ciceros Rede für A. Caecina, *Wenger L.* Stellvertretung, *Bertolini C.* Appunti didattici di diritto romano 5-6¹ (G. CORNIL). — XL (X). '08. 2: *Fleischmann W.* Altgermanische und altrömische Agrarverhältnisse (D. C.), *Hitzig H. F.* Altgriechische Staatsverträge, *Beseler G.* Das Edictum de eo quod certo loco, *Huvelin P.* Stipulatio Stips et Sacramentum, *Appleton Ch.* Nouvelles observations sur la loi Furia de sponsu, *Desserteaux F.* Le cas de la femme d'Arretium, *Duquesne J.* Contribution à l'étude de la cautio iudicatum solvi, *Girard P. F.* Les jurés de l'action d'injures, *Herzen N.* Le concours de plusieurs hypothèques, *Huvelin P.* L'arbitrium liti ae-

stimandae, *Naber J. C.* Ad noxalem iniuriarum actionem, *Girard P. F.* Un document sur l'édit antérieur à Julien, *Wenger L.* Zum Wohn- u. Wirtschaftsrecht, *Nouvelle Revue historique etc.* '07, *Mommsen Th.* Droit pénal III, *Speyer H.* Le jury à Rome et en Angleterre, *Hirzel R.* Themis (G. C.) — 3: *Windscheid B.* Pandekten³ (Id.).

Revue de l'instruction publique en Belgique L. '07: *Below G. v.* Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland (G. DES MAREZ).

Revue de l'Université de Bruxelles XII. '06-07: *SMETS G.* La constitution et l'état social primitifs de Rome (Leçon d'ouverture); *Stocquart E.* Le mariage romain. — XIII. '07-08. 4-5: *Stocquart E.* Aperçu de l'évolution juridique du mariage II (V. R.).

Revue de philologie XXXI. '07: *Waszyshki S.* Die Bodenpacht I (J. LESQUIER); *Arnold W. T.* Provincial Administration c. s. (V. CHAPOT); *Gilliard Ch.* Quelques réformes de Solon (B. HAUSSOULLIER); *Szanto E.* Abhandlungen (Id.) — XXXII. '08. 1: *Martin A.* Notes sur l'ostracisme dans Athènes (E. CAVAIGNAC) — 2: *DARESTE R.* Inscription d'Amorgos. Loi d'Aegialé relative à une fondation: *Abele Th.* Der Senat unter Augustus (V. CHAPOT).

Revue des études anciennes IX. '07 (= Annales de la Faculté des Lettres de Bordeaux et des Universités du Midi. Quatrième Série XXIX): *GLOTZ G.* Têtes mises à prix dans les cités grecques. — X. '08 (XXX c. s.). 2: *Martin A.* Notes c. s. (G. RADET).

Revue des études grecques XX. '07: *P. GIRARD* Quelques réflexions sur le sens du mot *sycophante*; *Boulard L.* Des instructions écrites du magistrat (J. P.); *Foucart P.* Sénatus-consulte de Thisbé (H. G.); *Swoboda H.* Beiträge zur griechischen Rechtsgeschichte (G. GLOTZ); *Szanto E.* Abhandlungen (A. J. R.).

Revue des questions historiques LXXXI (Nouvelle Série XXXVII a XLI²). '07¹: *ALLARD P.* Une grande fortune au cinquième siècle; *Glotz G.* Études (M. BESNIER); *Salvioli G.* Le capitalisme dans le monde antique (Id.); *Knecht A.* System des justinianischen Kirchenvermögensrechtes (G. PÉRIES). — LXXXII (c. s. XXXVIII, a. XLII¹). '07²: *CALLEWAERT C.* Les persécutions contre les Chrétiens dans la politique religieuse de l'Empire romain; *Smith F.* Die römische Timokratie (M. BESNIER); *Arnold W. T.* Provincial Administration c. s. (P. ALLARD); *Allard P.* Les dernières persécutions du III^e siècle³

(M. BESNIER). — LXXXIII (XXXIX, a. XLII²). '08¹. 1: *Mommsen Th* Droit pénal romain I (P. ALLARD).

Revue de synthèse historique XIV. '07¹: LACOMBE P. L'appropriation privée du sol dans l'antiquité (vedi '06¹ I Sparte, '06² II Athènes...); *Glötz G.* Études (P. LACOMBE).

Revue d'histoire ecclésiastique VIII. '07: *Knecht A.* System c. s. (A. MONIN). — IX. '08. 2; *Duchesne L.* Histoire ancienne de l'Église I³, II (H. COPPIETERS); *Benigni U.* Storia sociale della Chiesa (J. ZEILLER).

Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence XXXI. '07: MISPOULET J. B. La lex metallis dicta récemment découverte en Portugal; *Mommsen Th.* Droit pénal I-II (E. PETIT); *Bortolucci G.* Studi romanistici, Fideiussione, Index verborum graecorum (J. VALÉRY); *Herzen N.* Précis (CH. APPLETON); *Clark E. C.* History of Roman Private Law, I Sources (J. VALÉRY). — XXXII. '08. 1: ACHER J. L'arbitrium liti aestimandae et l'origine de la formule (*Huvelin P.* id.); *Brugi B.* Una descrizione dello studio di Padova (J. ACHER); *Bertolini C.* Appunti didattici di diritto romano 5-6¹ (J. VALÉRY) — 2: DEBRAY L. Le § *Cato* (D. XXXXV, 1,4 § 1). La stipulatio poenae et les obligations indivisibles (cont.); ACHER J. Le jubilé de M. H. Fitting (1^{er} article); *Mommsen Th* Le droit pénal romain III (E. PETIT).

Revue Historique XCIII. a. XXXII. '07¹: Bulletin historique... Antiquités latines. France (JULLIAN C.) — XCV. c. s. '07³: BRÉHIER L. La conception du pouvoir impérial en Orient pendant les trois premiers siècles de l'ère chrétienne: *Linsenmayer H.* Die Bekämpfung des Christentums durch den römischen Staat (CH. LÉCRIVAIN). — XCVI. a. XXXIII. '08. Vol. Supplém.: *Mélanges Appleton* (CH. LÉCRIVAIN); *Dareste R.* Nouvelles études (ID.); *Francotte H.* L'administration financière des cités grecques (G. GLOTZ); *Stein A.* Die Protokolle des römischen Senatus (CH. LÉCRIVAIN); *Body W. K.* The Ecclesiastical Edicts of the Theodosian Code (E. CH. BABUT). — XCVII. c. s. '08¹: *Oliver E. H.* Roman Economic Conditions (CH. L.).

Revue internationale de l'enseignement LIII. '07¹: ESMEIN A. Quelques mots sur l'enseignement du droit romain; *Glötz G.* Études (HAUVETTE). — LIV. '07²: *Salvioli J.* Le capitalisme c. s. (F. RAUH); TOUTAIN J. Les cultes païens (M. BESNIER).

Rheinisches Museum für Philologie Neue Folge LXII. '07: JUDEICH W. Untersuchungen zur Athenischen Verfassungsgeschichte.

Riforma Sociale (La) XVIII a. XIV. '07: PRATO G. Per una storia giuridico-sociale di Roma (*Pacchioni G.* Corso di diritto romano I); *Bryce G.* Imperialismo romano e britannico (SPECTATOR).

Rivista critica di diritto e giureprudenza V. '07: *Gianturco L.* Alcuni appunti su Celso (V. MARONE); *Clerici O.* Le locazioni irregolari in diritto romano (V. M.). — VI. '08. 1: *Garrone G.* Servitù irregolari, *Quaglia S. M.* Mandato, *Rota R.* Delitto politico, *Clerici O.* Origine del contratto di compravendita (V. MARONE) — 5-6: SETTE F. La donazione universale di tutti i beni. La sorte dei debiti e delle ragioni dei creditori del donante (cont.)

Rivista di diritto commerciale V. '07: BONFANTE P. Il silenzio nella conclusione dei contratti. — VI. '08. 1: BRUGI B. Colpe di diversa natura e compensazione di colpe — 2: BONFANTE P. Il contratto e la causa del contratto.

Rivista di filologia e d'istruzione classica XXXV. '07: *Momm- sen Th.* Juristische Schriften I (V. COSTANZI); *Gentili G.* Dagli antichi contra ti d'affitto (C. O. ZURETTI). — XXXVI. '08. 1: *Salvioli J.* Le capitalisme c. s. (V. COSTANZI) — 2: DE SANCTIS G. Le assemblee federali degli Achei; *The Tebtunis Papyri* II (G. FRACCAROLI).

Rivista di filosofia e scienze affini XVI a. IX. '07: *Mazzatorso G.* Lo Stato e le persone giuridiche in Grecia (G. S.).

Rivista d'Italia XI. '08. 5: PAIS E. L'epigrafia e la papirologia giuridica (Prolusione).

Rivista di storia antica Nuova Serie XI. '07: TINCANI A. Banche e banchieri nei papiri e negli ostraka greco-egizii dell'età romana; MACCHIORO V. L'Impero romano nell'età dei Severi (Il depauperamento privato. Vedi '05-06, Il sistema economico. cont.); *Hirschfeld O.* Die römische Staatszeitung und die Akklamationen im Senat (N. F.); *Barbagallo C.* I prezzi delle frutta nell'antichità classica, Il prezzo del frumento in Ispagna in Africa e in Oriente durante l'età imperiale romana (G. CORRADI); *G. Glotz* Une inscription de Milet (Id.).

Rivista italiana di numismatica XX. '07: PANSA G. I bronzi unilaterali ed il principio economico della divisione del lavoro applicato alle monete.

Rivista italiana di sociologia XI. '07: Istituzioni giuridiche ori-

ginate dalla magia (*P. Huvelin* Magie et droit individuel); *Mazzalorso G.* Lo Stato e le persone giuridiche c. s. (*G. M. Fov&L*). — XII. '03. 1: *BRUGI B.* Eguaglianza di diritto e diseguaglianze di fatto. — 2: *BONFANTE P.* Tendenze e metodi recenti negli studi storici (A proposito di *De Sanctis G.* Storia dei Romani); *SOLMI A.* La diffusione della civiltà romana e della civiltà britannica (*Bryce J.* Imperialismo romano e britannico).

Rivista italiana per le scienze giuridiche XLIII. '07: *PITZORNO B.* Il *Liber romanae legis* della *Ratio de lege romana*. Per lo storia del c. d. *Codi* in Italia: *CHIOVENDA G.* Della cosa giudicata; *SEGRÈ G.* Sul fr. Vatic. 266^a. — XLIV. '08¹. 1-2: *Cuq E.* Un règlement administratif sur l'exploitation des mines, *Mispoulet J.-B.* La lex metallis dicta (*A. ZOCCO-ROSA*); *Legras H.* La Table latine d'Héraclée (ID.); *Gravina G.* De imperio et iurisdictione (ID.) — 3: *PITZORNO B.* Il *Liber romanae legis* degli *Judicia a probis iudicibus promulgata*. Nota seconda per la storia c. s.; *ARIAS G.* Il valore della *traditio carthae* nei documenti medievali italiani. Nota critica; *MILANI G.* L'origine storica del possesso di stato; *Cornil G.* Résumé d'un livre de *P Sokolowski* (*F. BUONAMICI*); *Bonfante P.* Istituzioni⁴ (ID.); *Duquesne J.* Contribution à l'étude de la cautio judicatum solvi, *Id.* La texture générale de la cautio jud. solvi (ID.).

Rivista penale LXVII (Quarta Serie XVII) a XXXIV (Quarta Serie IX). '03¹. 4: *FERRARI G.* Il diritto penale nelle Novelle di Leone il filosofo.

Rivista storica italiana XXIV (Terza Serie VI) '07: *Arnold W. T.* Provincial Administration c. s. (*C. R.*); *Smith T.* Die römische Timokratie (*G. DE SANCTIS*); *Bolkestein H.* De colonatu romano (ID.).

Rozprawy Wydziału historyczno-filozoficznego Akademii Umiejętności w Krakowie II Serya XXV. '07: *TAUBENSCHLAG R.* Organizacya sądowa Egiptu w epoce rzymskiej i bizantynskiej. (Vedi più addietro: Bulletin — Cracovie).

Sborník věd právních a státních VII. '07: *HEYROVSKÝ L.* Nové právnické texty římské v jazyce latinském (Nuovi testi giuridici romani in lingua latina: nuova lex metalli, lex Hadriana de rudibus agris, Ulpiani libri disputationum, nuove tabulae ceratae, e altri).

Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques de Paris CLXVII (Nouvelle Série LXVII). '07¹: *Herzen N.* Précis (*CH. LYON-CAEN*).

Sitzungsberichte der philosophisch-philologischen und der historischen Klasse der Akademie der Wissenschaften zu München '07: PÖHLMANN R. zur Geschichte der Graecen.

Studi Senesi XXIV. '07: VASSALLI F. E. La plebe romana nella funzione legislativa; DE FRANCISCI P. Iudicia bonae fidei, editi e formule in factum. — XXV. '08. 1-2: VASSALLI F. E. Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in diritto romano.

Studi storici per l'antichità classica I. '08. 1: NICCOLINI G. La così detta Retra di Licurgo; PAIS E. L'autobiografia e il processo *repetundarum* di P. Rutilio Rufo (cont.); Jouguet P. Papyrus grecs I. 1 (E. P.); Glotz G. Etudes (P. C).

Temi (La) XXXII (Seconda Serie VII). '07: SEGRÈ G. Possesso pro indiviso e azione di divisione fra più possessori (= Foro Italiano); *Id.* Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno (P. SILVANI); Costa E. Storia del diritto romano pubblico; *Id.* Ulisse Aldovrandi; Bertolini C. Appunti didattici 5-6¹; Bonfante P. Sulla genesi e l'evoluzione del *contractus* (L. BOLAFFIO).

Themis LXVIII. '07: NAP I. Die private eigenrichting in het oudste Romeinsche rechtsleven (La giustizia privata nel primitivo diritto romano)

Theologische Literaturzeitung XXXII. '07: Donaldson J. Woman (G. FICKER).

Theologisches Litteraturblatt XXVIII. '07: Bigelmair A. Die Beteiligung der Christen am öffentlichen Leben (F. KROPATSCHECK).

Theologische Revue VI. '07: Augar F. Die Frau im römischen Christenprozess (A. PIEPER).

Verhandeligen der Akademie van Wetenschappen te Amsterdam Afdeeling Letterkunde Nieuwe Reeks VIII. '06-07: CONRAT. (COHN) M. Der westgothische Paulus. Eine rechtshistorische Untersuchung.

Wiener Studien XXVIII. '06-07: MÜLLER B. A. Zum lykischen Mutterrecht. — XXI. '07-08 2: LEDL A. Das attische Bürgerrecht und die Frauen (cont.); BRASSLOFF S. Die prätorischen Provinzialstatthalter in der Kaiserzeit.

Wochenschrift für klassische Philologie XXIV. '07: Boegli H. Ueber Ciceros Rede für A. Caecina (I. PFAFF); Francotte H. L'organisation des cités à Rhodes et en Carie (SCHNEIDER); Sundwall J.

Epigraphische Beiträge zur sozial-politischen Geschichte Athens (ID.); Vocabularium iurisprud. rom II. 1 (W. KALB); *Arnold W. T.* Provincial Administration c. s. (O. HIRSCHFELD); *Foucart P.* Sénatus-consulte de Thisbé (H. GILLISCHEWSKI); *Francotte H.* Le pain à bon marché et le pain gratuit dans les cités grecques (ID.); *Sundwall J.* De institutis rei publicae Atheniensium I (SCHNEIDER); *Francotte H.* L'organisation c. s. (F. CAUER); *Szanto E.* Abhandlungen (ID.). — XXV. '08 3: *Koschaker P.* Translatio iudicii (GRUPE); *Mommsen Th.* Juristische Schriften III (E. KORNE MANN) — 4: *Martin A.* Notes sur l'ostracisme dans Athènes (G. SCHNEIDER).

Yale Law Journal XVI. '07: STOCQUART E. Marriage in Roman Law.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Romanistische Abteilung XXVIII. '07: Wlassak M. Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren. Römischrechtliche Studien, mit Beiträgen zur Lehre von der Einlassung u. vom gerichtlichen Anerkenntnis (vedi '04; fine); ID. Der Ausschluss der Latiner von der römischen Legisactio; BEKKER E. I., B. W. Leist unter seinen Aequalen; SAMTER R. Zu Gaius II 82; KÜBLER B. Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur; HIRTIG H. F. Der griechische Fremdenprozess im Licht der neueren Inschriftenfunde; KOSCHAKER P. Der Archidikastes. Beiträge zur Geschichte des Urkunden- und Archivwesens im römischen Aegypten (cont.); WENGER L. Curatrix; RABEL E. Nachgeformte Rechtsgeschäfte. Mit Beiträgen zu der Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht (vedi '06; fine); MITTEIS L. Neue Urkunden; ID. Zur Passivlegitimation bei Hereditatis petitio partiaria; KRÜGER H. Eine neue Auslegung von Papyrus Cattavi R., Col. I v. 12 u. 13; LEVY E. Nachträgliches zu den Anfängen der römischen Bürgerschaft; *Mommsen Th.* Juristische Schriften (L. MITTEIS); *Legras H.* La Table latine d'Héraclée (B. KÜBLER); *Ricca-Barberis M.* Funerali (ID.); *Appleton Ch.* L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine (ID.); Syrische Rechtsbücher hrsg. u. übers. von E. Sachau I (J. PARTSCH); *Schlossmann S.* Praescriptiones (ID.); *Arangio-Ruiz V.* La successione testamentaria secondo i papiri greco-egizii (ID.); *Bögli H.* c. s. Caecina (P. KOSCHAKER); *Schulz F.* Sabinus-Fragmente (ID.); *Litten F.* Römisches Recht (E. LANDSBERG); Trümppler Die Geschichte

der römischen Gesellschaftsformen (H. KRÜGER); *Koschembahr-Lyskowski J. v.* *Condictio* II (ID); *Viard P.* *Le praes* (F. SCHULZ); *Wenger L.* *Stellvertretung* (L. MITTEIS); *Bortolucci I.* *Index verborum graecorum* (L. WENGER); *Id.* *Studi romanistici* (ID); *Levy E.* *Spousio, fidepromissio, fideiussio* (ID).

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht LX '07: *Haymann F.* Die Schenkung unter einer Auflage (H. A. FISCHER); *Trümpler* Gesellschaftsformen c. s. (J. MERKEL). — LXI. '07-08. 1-2: *Koschembahr-Lyskowski J. v.* Die *Condictio* I, II (R. VON MAYR).

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart XXXIV. '06-07: TAUBENSCHLAG R. Zur Geschichte des Hinterlegungsvertrages im römischen Recht (cont.). — XXXV. '08. 1: TAUBENSCHLAG R. c. s. (fine); *Litten F.* Römisches Recht (L. WENGER) — 2. *Koschembahr-Lyskowski J. v.* Die *Condictio* II (A. BERGER).

Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft LXIII. '07: NEUBURG C. Das neugefundene Bruchstück eines römischen Berggesetzes.

Zeitschrift für schweizerisches Recht XLVIII (Neue Folge XXVI). '07: *Koschembahr-Lyskowski J. v.* *Condictio* II.

Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft XX. '07: RUBIN S. Der *nasciturus* al Rechtssubjekt im talmudischen u. römischen Rechte. — XXI. '08. 1-2: BERNÖFT F. Die Verbuchung der dinglichen Rechte an Grundstücken im griechischen Recht; EHRENZWEIG A. Die Scheinehe in europäischen Hochzeitsbräuchen (2 Die altgriechischen Daedala, 4 Römische Hochzeitsbräuche); *Sachau E.* Syrische Rechtsbücher; *Wenger L.* Stellvertretung; *Id.* Stellung des römischen öffentlichen Rechts; *Mitteis L.* Griechische Urkunden; *Hitzig H. F.* Altgriechische Staatsverträge; *Maschke R.* Agrargesetze.

Zentralblatt für Rechtswissenschaft XXVI (Zweite Reihe I) '06-07: *Schulz F.* Sabinus-fragmente (ERMAN); *Bögli H.* c. s. Caecina (ID.); *Zum ältesten Strafrecht* (GERLAND); *Wahrmund L.* Quellen I. 1-3 (P. DE TOURTOULON); *Mandowski O.* Hundert Stellen aus dem Corpus i. c.⁵; *Schwarz O. G.* Corpus-iuris Schlüssel (ERMAN); *Kretschmar P.* Erfüllung I (MATTHIAS); *Brugi B.* Riabilitazione dei giureconsulti accursiani, *Id.* Metodi e tendenze presenti negli studi di diritto romano (HERZEN); *Windscheid B.* Pandekten⁹ (REDAKTION); *Thiel K.* Injuria u. Beleidigung (STERNBERG); *Zipperling A.* Benefi-

cium competentiae (TITZE); *Leonhard R.* Irrtum I (ID.) — XXVII (II). '07-08. 2: *Ziebarth E.* Beiträge zum griechischen Recht (HEPDING); *Busz H.* Litiskontestatio (BÖCKEL); *Koschembahr-Lyskowski J. v.* Condictio II (BIERMANN) — 3: *Litten F.* Römisches Recht (ERMAN); *Huvelin P.* Arbitrium liti aestimandae (HERZEN); *Id.* Stipulatio stips et sacramentum (ID.); *Allenrath J.* Schiedsspruch (ERMAN) — 4: *Rümelin M.* Windscheid (BIERMANN) — 5: *Conrat (Cohn) M.* Der Westgotische Paulus (FROMMHOLD); *Leonhard R.* Irrtum II (TITZE). — 7: *Girard P. F.* Geschichte u. System (ERMAN).

30 giugno 1908.

CESARE BERTOLINI.

CASO FORTUITO E FORZA MAGGIORE

IN DIRITTO ROMANO

Parecchi insegnamenti correnti in materia di caso fortuito, a mio giudizio, non si possono tranquillamente più ripetere da chi abbia sottoposto ad un esame critico le basi testuali su cui il dogma poggia.

Per convincersene basterà rivolgere l'attenzione sopra alcuni punti (taluno è fondamentale) irti di difficoltà, le quali dovrebbero essere gravi anche per coloro che alle indagini condotte secondo gli odierni metodi esegetici fanno accoglienza poco lieta.

Innanzitutto va considerata la distinzione del caso in irresistibile, o maggiore, e minore; distinzione la quale, essendo di somma importanza sì per la determinazione della vera natura del *casus*, che per lo stabilimento di precisi confini tra il campo a questo assegnato e quello della *culpa*, costituisce la parte centrale della teoria sul così detto caso fortuito

Si afferma comunemente che è caso tutto ciò che accade indipendentemente dalla volontà umana o dell'obbligato¹⁾. Parimente si rileva che tra *culpa* e *casus* vi ha separazione netta; questo comincia là dove quella finisce²⁾. Ecco due principî, che, di fronte alla ricor-

¹⁾ Nelle definizioni date - vedi la lunga serie riportata da ENGELMANN, *Die custodiae praestatio*, p. 147, e da FISCHER, *Vis maior im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung*, in « Jherings Jahrbücher », vol. 37, p. 265, n. 104 - il concetto costantemente espresso, sebbene in maniera diversa, è che caso allora si abbia quando l'effetto dannoso si verifica senza colpa della parte obbligata.

²⁾ Nelle nostre fonti la *culpa* viene contrapposta al *casus*. Vedi ad es.:

§ 3 l. III-23: « itaque... aedes totae... incendio consumptae fuerint... quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est ». fr. 31 D. 3-5 Papinianus, 3 *responsorum*:

data distinzione, non sono più indiscutibili. Se nel *casus minor* rientrano quegli eventi dannosi che l'agente avrebbe potuto evitare me-

«... in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum».

fr. 59 pr. D. 7-1 Paulus, 3 *sententiarum*:

«Arbores vi tempestatis, non culpa fructuarii eversas ab eo substitui non placet».

fr. 30 § 3 D. 9-2 Paulus, 22 *ad edictum*:

«... at si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit, caret culpa».

fr. 52 § 4 D. 9-2 Alfenus, 2 *digestorum*:

«... respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum».

fr. 26 D. 10-3 Alfenus Varus, 2 *digestorum*:

«... respondi si quid culpa illius magis quam casu res communis damni cepisset, per arbitrum communi dividendo posse recipiari».

fr. 13 § 1 D. 13-7 Ulpianus, 38 *ad edictum*:

«Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia: vis maior non venit».

fr. 30 D. 13-17 Paulus, 5 *epitomarum Alfeni Vari digestorum*:

«... sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandam, non vim maiorem».

fr. 33 D. 19-2 (versola fine) Africanus, 8 *quaestionum*: è implicita la contrapposizione della colpa (si colonus tuus fundi frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis) al *casus* (sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris). L'*inturia potentioris*, evento non imputabile a colpa del *locator*, è qui considerata come *casus*.

fr. 50 D. 26-7 Hermogenianus, 2 *iuris epitomarum*:

«Si res pupillaris incursu latronum pereat vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor praestare cogitur». Il *cum fuisset celeberrimus* mette in rilievo la mancanza di colpa.

fr. 30 D. 35-2 Maecianus, 8 *fideicommissorum*: «In ratione legis Falcidiae mortes servorum ... furti, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, ... si modo culpa legatarii careant».

fr. 12 pr. D. 48-3 Callistratus, 5 *de cognitionibus*,

«... exquiri oportere, utrum nimia neglegentia militum evaserit an casu...».

fr. 23 D. 50-17 Ulpianus, 29 *ad Sabinum*:

«... animalium vero casus mortisque quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur». La fuga del servo che suole venire custodito non è *casus*, chè non manca la colpa del debitore.

Cfr. fr. 18 D. 13-6 Gaius, 9 *ad edictum provinciale*:

«... mortes servorum [quae sine dolo et culpa eius accidunt] latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent».

La contrapposizione, in questi testi, è recisa. Il campo della colpa viene net-

dianete particolare accorgimento, coll'applicazione di accurata diligenza, non è più vero che simili avvenimenti siano affatto indipendenti dalla

tamente, chiaramente, separato da quello del *casus*. Si deve distinguere fra diritto civile e diritto penale, come vuole l'opinione dominante (HASSE, *Culpa*, pp. 417 segg.; MOMMSEN, *Beiträge*, I, 241 segg.; PERNICE, *Labeo* II¹, pp. 372 segg.; FERRINI, *Dir. penale*, p. 51)? Se nel fr. 9 D. 47-9 Gai. 4 ad XII tab. si legge: « qui aedes acervumve frumenti iuxta domum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit, si vero casu id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur, aut si minus idoneus sit levius castigatur » - non perciò si può affermare che riguardo al diritto penale la colpa si contenesse nel *casus*. L'esplicazione *id est negligentia* a me sembra un malacorto glossema, se pure non si tratta di un vero e proprio emblema triboniano. Il VOIGT (*Ueber den Bedeutungswechsel gewisser die Zurechnung und den oeconomicen Erfolg einer That bezeichnender technischer lateinischer Ausdrücke*, p. 81), crede che la parola *casus* sia espressione originale della legge, e che invece l'illustrazione *id est negligentia* appartenga sicuramente a Gaio (Cfr. anche dello stesso autore *Die XII Tafeln*, vol. I, p. 719). Non è verosimile però che questo giuriconsulto di fronte al dolo (*si modo sciens prudensque id commiserit*) assegnasse al campo del *casus* la sola *negligentia*.

Se togliamo di mezzo il fr. gaiano, in cui si avrebbe l'equazione *negligentia = casus*, restano altri testi:

fr. 28 § 12 D. 48-19 Callistr. 6 *de Cogn.*: « fortuita incendia, si, cum vitari possent, per negligentiam eorum, apud quos orta sunt, damno vicinis fuerunt, civiliter exercentur, ut, qui iactura adfectus est, damni disceptet ».

fr. 11 D. 47-9 Marc. 14 *Inst.*: « si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ut luxuria aut dolo sit proxima ».

Paul. *Sent.* Rec. V, 20, 3 (= Collat. XII, 2, 2): « fortuita incendia, quae casu venti furentis vel incuria ignem supponentis ad usque vicini agros evadunt, ... datum damnum aestimatione sarcitur ».

Paul. *Sent.* Rec. V, 23, 3 (= Coll. I, 7, 1): « si cum vellet occidere, casu aliquo perpetrare non potuit, ut homicida punitur, et is, qui casu iactu teli hominem imprudenter ferierit, absolvitur ».

fr. 11 § 2 D. 48-19 Marc. 2 *de Publ. iud.*: « delinquitur autem aut proposito aut impeto aut casu. Proposito delinquerunt latrones, qui factionem habent; impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venit; casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit ».

Forse nemmeno sulla base di queste testimonianze si potrebbe giustificare l'identità concettuale tra colpa e caso (sempre limitatamente al diritto penale). Esse possono soltanto attestarci che di fronte al dolo, ed in opposizione ad esso, si presentino sulla stessa linea eventi casuali e colposi. Entrambi hanno di comune la mancanza del proposito, dell'intenzione lesiva, sicchè, sotto questo aspetto, può in un certo senso raffigurarsi come casuale anche l'evento colposo, il quale parimenti esclude il dolo, elemento essenziale del delitto. Con ciò però siamo ancora molto lontani dall'equazione: *negligentia = casus*. La stessa osservazione si ripeta a proposito di quei passi di scrittori non giuridici in cui si presenta la *imprudencia* come *casus* (Cic. *de Orat.* III, 39, 158; SENECA (retore) *Exc. Contr.* IV, 4; VI, 2; (Pseudo) QUINTIL. *Declam.* 248; SERV. in *Verg. Ecl.* IV, 43).

volontà dell'obbligato. In sostanza è il criterio della diligenza che si accoglie distinguendo casi maggiori e casi minori imputabili¹⁾. Per la stessa ragione non si può negare che, attraverso il *casus minor*, il campo del caso si ricongiunga con quello della colpa di cui viene ad invadere una parte.

Oggi del territorio assegnato al caso fortuito, il quale abbraccia in genere gli eventi tutti non imputabili al debitore, si attribuisce una zona al caso fortuito tipico ed assoluto, che comprende gli avvenimenti non prevedibili affatto o non riparabili innanzi (*vis maior, damnum fatale*). E veramente nelle fonti appare l'equazione: *casus fortuitus = vis maior, damnum fatale*; il contrario avviso del Ferrini²⁾ si fonda su argomenti non attendibili che verranno combattuti in sede più opportuna.

Ora l'espressione *casus fortuitus*, per indicare il semplice caso, ci si rivela abbondante, per non dire ridicola, chè dovrebbe tradursi in quest'altra: *caso casuale*. S'è creduto di poterla attribuire alla giurisprudenza romana, fin alla più antica, osservando trattarsi di non insolita forma pleonastica³⁾. Gli è però che si sono scambiati per genuini testi manifestamente alterati.

Perchè l'espressione in esame, vuota di significato, se riferita al *casus* senza distinzione di sorta, acquisti intensità concettuale, deve ricondurla a quella limitata superficie del territorio del caso in cui sono contenuti gli eventi irresistibili, i casi maggiori. Questi verreb-

¹⁾ Difatti la diligenza consiste appunto nel prevedere ed allontanare l'evento dannoso. Cfr. PERNICE, *Labeo*, II¹, p. 374. Ma se la distinzione tra casi maggiori e minori presuppone indubbiamente il *casus* misurato alla stregua della diligenza, questa constatazione mette in evidenza la grave contraddizione accennata nel testo. Si ottiene col caso minore un caso, il quale viene imputato al debitore per mancanza di diligenza. E allora dove è più il tratto caratteristico e saliente del caso, la sua contrapposizione cioè alla colpa? Nè gioverebbe obiettare che la diligenza la quale si richiede da colui che è tenuto per casi minori non è la comune diligenza, la *diligentia diligentis*. Per vero la distinzione tra casi maggiori e minori torna - come avremo agio di constatare - in svariate applicazioni nelle quali a nessuno è mai passato per la mente di scorgere la così detta custodia in senso tecnico, quella custodia cioè che ha per limite estremo il *damnum fatale*, o caso irresistibile, e comprende anche la responsabilità per casi minori.

²⁾ *Storia e teoria del contratto di commodato*, in « Archivio giuridico », volume 53, pp. 275 sgg.

³⁾ Vedi KALB, *Roms Juristen*, p. 38, il quale attribuisce ad Alfeno il *fortuitus casus* del fr. 30 § 4 D. 19-2. Le parole *non fortuito casu* di questo testo, come dimostreremo in seguito, sono invece insitiche.

bero detti *fortuiti* in antitesi ad altri. E questi altri (resistibili o minori) come sarebbero? *Volontarii* forse?

L'opposizione tra *fortuiti* e *volontarii* balza tosto alla mente. Se si contrappone il caso maggiore o irresistibile al caso minore, a quel caso che si sarebbe potuto evitare mediante l'impiego di accurata diligenza, e se del primo si dice che è *fortuito*, ben si può chiamare *volontario* il secondo. La *voluntas* (contro cui si pone il *casus*) comprende sì il dolo che la colpa, e *culpa*, in questa direzione, è quella di colui che non allontanò il danno mentre l'evento era riparabile. Può rimanere, se pure, il dubbio che nelle nostre fonti, in cui l'antitesi tra *casu fortuitu* e *volontarii* è chiaramente espressa v. c. 4 C. 6-25, si parli di caso fortuito in contrapposizione non al caso minore, ma al cosiddetto *casus culpa seu dolo determinatus*.

Ma in ogni modo io penso che difficilmente *casus fortuitus* possa essere espressione romana. Può essere romano il concetto di caso fortuito, se non lo è quello di *caso volontario*? Per ammettere che siano i giureconsulti di Roma quelli che a noi parlano di *casus voluntarius*, farebbe d'uopo dimenticare la ricordata opposizione tra *culpa* e *casus recataci* con costanza dalle fonti.

Sempre per la stessa considerazione va condannata l'infelice formula dogmatica del *casus mixtus*¹⁾ Il Baron²⁾ ha ragione quando afferma che il caso misto si desume dalle fonti, sebbene queste non conoscano la locuzione *casus mixtus*. Egli però non ha osservata una patente cotraddizione tra le stesse fonti, tra quelle cioè in cui si parla del c. d. *casus culpa determinatus* e le altre ben più imponenti per numero e precisione dalle quali si trae un tale concetto di caso cui certo ripugna il misto di culpa e caso che sarebbe sempre caso³⁾.

In entrambe queste partizioni del caso, in tutte e due queste

¹⁾ Contro di essa v. specialmente FISCHER, op. cit. pp. 264 sgg. ed ENGELMANN, op. cit. p. 153, il quale cita SCHÖMANN, *Schadenersatz*, p. 189 in nota.

²⁾ BARON, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in «Archiv für die Civilistische Praxis», vol. 78 (22 della nuova serie), p. 285.

³⁾ Dalle nostre fonti si ricava l'equazione caso = non volontà. E, se non deve dubitarsi dell'esattezza di questa equazione, è chiaro che non possa più parlarsi di caso, quando la volontà, direttamente o indirettamente, in tutto o in parte, concorre alla produzione di un effetto determinato. V. COVIELLO (N), *Caso fortuito*, pp. 53-54; SRAFFA, *Il concetto di caso fortuito* (nelle assicurazioni), in «Riv. di dir. comm.», anno IV (1906), fasc. III, p. 4 dell'estr.; POLACCE, *Obbligazioni* (a. 1898), pp. 211-212.

figure sbiadite, si riscontra un elemento comune che è causa della imputabilità dell'evento. Colpa è quella di colui che pone la cosa, violando un obbligo contrattuale (v. fr. 1 § 4 D. 44-7 e confr. fr. 18 D. 13-6), in tale condizione da essere esposta ad avvenimenti dannosi, colpa è quella di chi avrebbe potuto impedire e non impedì il danneggiamento o perimento della cosa. Ma se qui, dove la volontarietà dell'atto dovrebbe escludere affatto il *casus*, sempre sul terreno degli avvenimenti casuali, si fanno sorgere le due difettose costruzioni del *casus minor* e del *casus mixtus*, convien dire che l'antico rigore logico è smarrito, così come snaturato risulta il concetto del caso.

Nelle fonti nostre, se mancano vere e proprie definizioni del caso, abbondano invece gli esempi di eventi casuali. Ora la ricca serie dei cataloghi di essi eventi casuali apre l'adito a dubbi gravi. Alcuni testi mettono in rilievo la distinzione tra casi maggiori e minori, altri per lo contrario non conoscono affatto una tale divisione e si limitano alla semplice enumerazione degli esempi di caso¹⁾. Il che non è ir-

¹⁾ Fr. 23 in fine D. 50-17 Ulpianus, 29 *ad Sabinum*:

«... animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur». È questa una serie di semplici casi. Nota che se ne parla in contrapposizione alla responsabilità per colpa, e che fra essi figura l'*incendium*, il quale è pei Romani caso evitabile.

fr. 21/22/ D. 3-5 Gaius, 3 *ad edictum provinciale*:

«... idque casu quodam interierit forte incendium ruina...». Osserva l'espressione casu quodam. Anche qui si adducono due casi in astratto evitabili.

fr. 6 § 9 D. 2-13 Ulpianus, 4 *ad edictum*:

«... si naufragio vel ruina vel incendio [vel alio simili casu]?...». Il naufragio è messo alla pari dell'*incendium* e della *ruina*. Ciò fa ritenere che il catalogo comprende tutti casi semplici.

fr. 30 pr. D. 35-2 Maecianus, 8 *fideicommissorum*:

«... mortes servorum ceterorumque animalium, furta, rapinae, incendia, ruinae, naufragia, vis hostium praedonum latronum, debitorum facta peiora nomina, in summa quodcumque damnum... Questo testo di Meciano è stato certamente alterato. Nota: servorum ceterorumque animalium (il servo figura tra gli altri animali) e gli eventi che periscono per l'eredità!

Le incongruenze potrebbero forse derivare da tagli fatti per abbreviare il fr. Della classicità del catalogo però non vi sarebbe ragione di dubitare. Sono gli stessi esempi che vengono presentati come casi semplici in altri testi non tocchi dai compilatori.

Paul. *Sentent.* II, 4, 2.

«Si factio incendio ruina naufragio aut quo alio simili casu res commodata

rilevante, chè, secondo questi ultimi, ogni caso libera il debitore, mentre nei primi l'irresponsabilità è assicurata per quei soli avvenimenti che si riconducono sotto il *casus maior*. Ed ove si pensi che nei frammenti ai quali mi riferisco si fanno *esemplificazioni*, non può aver valore l'osservazione che per la maggior parte figurano come esempi di *casus maior* quegli stessi compresi nel catalogo dei semplici *casus*. Difatti anche altri casi (semplici), oltre quelli enumerati, che non si potevano ascrivere al caso maggiore, dovevano, secondo i Romani, liberare l'obligato. Pel *furtum*, che mai viene ricompreso sotto il *casus maior*, abbiamo una esplicita dichiarazione nel fr. 30 pr. D. 35-2.

È dunque abbastanza chiaro che la difficoltà qui segnalata non si può vincere osservando che poichè il caso maggiore non lascia di essere *casus*, così s'intende come gli stessi eventi tornino anche nei cataloghi di casi semplici.

Altro problema che reclama una soluzione soddisfacente è il seguente.

Il Baron ¹⁾ (contro Exner, *Grünhul's Zeitschr. f. öff. u. Privatrecht* X, p. 503), ben a ragione, sostiene, sulla base di sicure testi-

amissa sit, non tenebitur eo nomine is cui commodata est... » = Enumerazione di casi semplici. Anche a non tener conto della generalizzazione *aut quo alio simili casu*, che potrebbe essere spuria, l'accoppiamento di *incendium*, *ruina* e *naufragium* è sufficiente per farci conoscere la natura degli eventi catalogati.

Cito qui anche il fr. 9 § 4 D. 19-2 Ulpianus, 32 *ad edictum*:

« Imperator Antoninus cum patre, cum grex esset abactus quem quis conduxerat, ita rescripsit: si capras latronem, citra tuam fraudem, abegisse probari potest iudicio locati casum praestare non cogeris... » dal quale appare che l'*aggressura latronum*, comunemente ritenuta come esempio di *vis cui resisti non potest*, è detta senz'altro *casus*. Cfr. anche il fr. 50 D. 26-7 Hermogenianus, 2 *iuris epitomarum*:

« Si res pupillaris incursu latronum pereat, vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor praestare cogitur », dove l'*incursus latronum* è messo alla pari dell'insolvenza dell'argentario, il quale ultimo evento è trattato come caso semplice (come avvenimento cioè non imputabile a colpa del debitore; osserva: *cum fuisset celeberrimus*).

Quanto al naufragium ed allo stesso *latrocinium* v. pure fr. 52 § 4 D. 17-2 Ulpianus, 31 *ad edictum*:

« ... nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit ». Il danno che si verifica senza colpa del socio è il danno casuale puro e semplice.

¹⁾ BARON, op. cit. p. 288 sgg.

monianze, che la caratteristica della forza maggiore, del *casus maior*, sta nella irresistibilità, nella impossibilità d' impedire l' evento dannoso.

Difatti, nei testi si parla di *casus, quibus resisti non potest* (fr. 18 pr. D. 13-6), di *vis, cui resisti non potest* (fr. 15 § 2 D. 19-2), di *casus, cui humana infirmitas resistere non potest* (fr. 1 § 4 D. 44-7) di *casus, cui resisti potest* (c. 28 C. 4-65), di *casus, adversus quos caveri non potuit* (c. 4 C. 5-38). Ma data questa natura della *vis cui resisti non potest*, del *casus maior*, come spiegare che vengano addotti per esempi di forza irresistibile, di caso maggiore, taluni eventi la cui evitabilità è fuori di ogni discussione? Si dubiti pure riguardo all'*aquarum magnitudo*, la quale può anche capitare improvvisa e perciò in condizioni da escludere la possibilità di ogni riparo, ma è certo che la *ruina* (nelle fonti allorchè si accenna precisamente alla rovina di un edificio in seguito a bruschi movimenti della terra si parla di *terraemotus*, di *chasma*) ¹⁾ non va distinta per la sua inevitabilità. Lo stesso si ripeta per l'*incendium*, il quale, eccettuato il caso in cui esso si sviluppi in seguito alla caduta di un fulmine, rappresenta pei Romani un danno che è in astratto evitabile ²⁾. Nè questo rilievo è nuovo; piuttosto è da dire che gl' interpreti non hanno dato all'osservazione il debito peso ³⁾.

Da ultimo vuole essere avvertito un ostacolo che non trovo rilevato. Tutti gli scrittori concordemente ammettono che *vis maior* ora significhi caso maggiore, ora il semplice caso ⁴⁾. Nessuno ha però mai pensato che difficilmente un'unica espressione tecnica sarebbe stata adoperata dai giureconsulti romani (in qualche ipotesi dallo stesso giurista) per indicare a volte il caso senza intensità speciale,

¹⁾ V. fr. 47 § 6 D. 30; 4 § 1 D. 50-15; 11 § 5 D. 4-4; 11 D. 18-6; 24 § 3 D. 39-2; 59 D. 19-2; 15 § 2 D. h. t.

²⁾ Cfr. FERRINI, op. cit. p. 205; vedi anche il fr. 3 § 51 D. 1-15.

³⁾ V. BIERMANN, *Custodia und vis maior*, in «Zeitschr. der Savigny-Stiftung rom. Abth.», vol. XII, pp. 60-61; HOLZSCHUHER, *Theorie und Casuistik*, vol. III, p. 874; MÜLLER, *Actio de recepto*, p. 24; ENGELMANN, op. cit. p. 151 (il quale cita Holzschuher e Müller); GOLDSCHMIDT, *Das receptum nautarum*, in «Zeitschr. für das Gesamte Handelsrecht», vol. III (1860), p. 90.

⁴⁾ Vedi specialmente FISCHER, op. cit. p. 205; HOLLANDER, *Vis maior als Schranke der Haftung nach römischen Recht*, p. 57; VOLKMAR, *Vis maior und Betriebsgefahr*, p. 15; GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 90; KNAUER, *Die höhere Gewalt im Reichsrecht*, p. 3.

a volte il *casus maior*¹⁾. Altrettanto si dica per il termine *fatum* (e locuzioni similari) che viene considerato talora come equivalente a *casus* (semplice evento casuale), mentre in altre applicazioni denota il *casus* (*maior*), *cui resisti non potest* (v. l'espressione *damnum fatale* che in tal senso ha valore tecnico); il che è parimente ben singolare.

Giova anche a tal proposito notare, che, se può apparere eccessiva la tesi del Gerth²⁾, il quale, forzando l'interpretazione di qualche testo, giunge alla conclusione che *vis maior* significhi sempre *casus* senza veruna particolare intensità, pure l'esame di *non pochi* frammenti in cui è dato riscontrare questa equivalenza³⁾ non può non

¹⁾ Invece taluno s'è fermato di fronte alla insussistente, per non dire insulsa, difficoltà che i giureconsulti romani per indicare il caso usino *casus* e *vis maior*. Così BIERMANN, op. cit. p. 61.

²⁾ GERTH, *Der Begriff der vis maior im römischen und Reichsrecht*.

³⁾ Coll. 10, 9, 1 Paulus Responsorum V = Cod. Iustin. 4-65, 1 (a. 213): « Dominus horreorum periculum vis maioris vel effracturae latronum praestare non cogitur. his cessantibus si quid ex depositis rebus inlaesis extrinsecus horreis perit, damnum depositorum sarciri debet ».

Sulla base di questo testo il BARON (op. cit. vol. 78, p. 245 e p. 248, vol. 52 dello stesso « Archiv für die civ. Praxis », Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias », p. 48) afferma nella maniera più recisa che l'*horrearius* era tenuto sino alla forza maggiore (assoluta). Quindi il *vel effracturae latronum*, che segue immediatamente il *periculum vis maioris*, rappresenterebbe un esempio di *vis maior* (= caso irresistibile). Se domandiamo come ciò sia linguisticamente possibile, il BRUCKNER (*Die Custodia nebst ihrer Beziehung zur vis maior*, p. 225 n. 3: in fine) ci risponde che nella citata costituzione del Codice il *vel* è adoperato - cosa non infrequente - in luogo di *velut*. Anche pel GERTH (op. cit., p. 73-74) nelle parole *vel effracturae latronum* è fatto un esempio di *vis maior*; ma, appunto perchè rispetto ad un *horreum* (dove si depositavano le cose di pregio per metterle al riparo principalmente dai furti) non sarebbe adatto e significativo esempio di caso irresistibile quello addotto dell'*effractura latronum*, egli crede che qui *vis maior* equivalga a caso (al semplice e comune evento non imputabile al debitore). Però contro chi vede nell'*effractura latronum* una esemplificazione (della *vis maior*) ed interpreta *vel* per *veluti*, sta quanto si legge subito dopo nel fr.: *proinde his cessantibus*... Come è chiaro *vis maior* ed *effractura* vengono considerate come cose distinte. Ed al Gerth si deve obiettare che l'*effractura latronum* dai Romani ben si sarebbe potuta ritenere come un caso irresistibile. Gli *horrea* erano custoditi giorno e notte da schiavi i quali venivano sottoposti a tortura per ogni *effractura*. Cf. BARON, op. cit. vol. 78 dell'« Archiv » cit., p. 295 n. 155, il quale cita: c. 4 C. 4-65; fr. 55 pr. D. 19-2; fr. 3 § 2 D. 1-15. Vedi pure PERNICE, *Labeo* II¹, p. 350, che mette sulla stessa linea *effractores, latrones, piratae*. Anche a mio giudizio il testo, che esaminiamo, non può costituire una prova della esistenza della *vis maior* nel senso di caso irresistibile o maggiore, ma per un ordine diverso di considerazioni.

L'*effractura latronum* più che ad illustrazione della precedente *vis maior*

mettere sull'avviso l'interprete ¹⁾. Nell'identica posizione di diffidenza questi si deve trovare, e per la stessa ragione, di fronte a quei testi in

è citata in maniera affatto distinta come un caso in cui non per evento naturale, ma per fatto dell'uomo l'*horreum* non è più *intaesum*. E di questo caso è menzione accanto alla *vis maior* precisamente perchè anche eventi naturali possono ledere l'edificio (: *incendium externum* in seguito alla caduta del fulmine o per altra causa; *ruina*, anche quella non dovuta a bruschi movimenti della terra) e far venir meno la condizione cui è subordinata la responsabilità pel danneggiamento o perimento delle merci depositate nel magazzino. L'irresponsabilità quindi dell'*horrearius* non deriva dall'irresistibilità dell'evento (non sarebbe pei Romani irresistibile in astratto un *incendium externum* che non abbia per sua causa la caduta di un fulmine; non sarebbe ugualmente irresistibile la *ruina* del fabbricato, non dovuta a terremoto: eppure in tutte e due le ipotesi ogni responsabilità di lui è esclusa) ma dalla lesa integrità della casa adibita a magazzino.

Se così è sul testo della *Collatio* non ci si può fondare per sostenere che incondizionatamente, rigorosamente, fosse tenuto l'*horrearius* (esclusa la forza irresistibile). Del resto il principio che quest'ultimo, come ogni conduttore, risponda, per la conservazione della cosa, della diligenza del buon padre di famiglia, è anch'esso energicamente affermato (vedi la confutazione del FERRINI, op. cit., p. 274 n. 1 sgg. (contro BARON, op. cit., vol 78 del citato « Archiv » p. 245 sgg.); confr. pure GERTH, p. 69 sgg.; UDE, *Das receptum nautarum, ein pactum praetorium* in « Zeitschr. der Savigny-Stiftung rom. Abth. », vol. XII, p. 73; ENGELMANN, op. cit., p. 96 sgg.).

fr. 13 § 1 D. 13-7 Ulpianus, 28 *ad edictum*:

« Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in comodatō: venit et custodia: vis maior non venit ».

Cfr. c. 19 C. 8-13 (a. 293):

« Sicut vim maiorem pignorum creditor praestare necesse non habet, ita dolum et culpam et custodiam exhibere cogitur ».

Pur mettendo da parte la c. 19 appartenente al periodo post-classico, la contrapposizione tra la responsabilità per dolo e colpa e l'irresponsabilità per *vis maior* rende probabile che questa equivalga a *casus*. D'altro canto l'inesistenza di responsabilità del creditore pignoratizio per il c. d. *casus minor* sembra provata dalla c. 8 C. 4-24 (a. 246): « Si nulla culpa seu segnitia creditorum imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum eius minime pertinet... ». E per *culpa* sappiamo che cosa debba intendersi. — Vedi:

fr. 31 D. 9-2 Paulus, 10 *ad Sabinum*: «... culpam autem esse, cum quod a diligente provideri potuerit non esset provisum... ».

fr. 30 § 3 D. 9-2 Paulus, 22 *ad edictum*: «... at si omnia quae oportuit observavit vel subita vis venti longius ignem produxit caret culpa... ».

fr. 25 § 7 D. 19-2 Gaius 10 *ad edictum provinciale*: « culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae [diligentissimus] quisque observaturus fuisset... » (Cfr. LUSIGNANI, *La responsabilità per custodia*, fasc. I, p. 56 sgg.).

fr. 12 (11) D. 18-6 Alfenus Varus, 2 *digestorum*: «... si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugis et dili-

¹⁾ Vedi la nota 1 a pag. 170.

cui il caratteristico *damnum fatale* non ci designa più il danno prodotto da semplici eventi casuali, ma quello cagionato dai casi irresistibili ²⁾).

gentes praestare [si quid accidisset,] nihil ad eum pertinebit...». (Questa parte del testo è ritenuta genuina. V. PERNICE, *Labeo* II², II, p. 234 n. 1; LUSIGNANI, op. cit., fasc. 2^o, p. 18 sgg.). —

L'esegesi del BRUCKNER (op. cit. p. 211, v. anche p. 147 sgg.) va ripudiata. Egli ignora il valore delle espressioni in cui custodia si congiunge a *culpa* o *diligentia*. In proposito si veda FERRINI, cit. « Arch. giur. », vol. 53, p. 268.

Nè per altro io saprei dubitare della genuinità del fr. 13 § 1 D. 13-7. Lo stile pare quello di Ulpiano. Vedi fr. 5 D. 13-6, Ulpianus, 28 ad edictum: — « Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa. ... (§ 5) Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare... (§ 6) Sed an etiam hominis commodati custodia praestetur... ». — Serve di conferma per ciò il fr. 14 D. 13-7, Paulus, 29 ad edictum, inserito subito dopo ad illustrazione, quasi, del precedente: « Ea [igitur] quae diligens paterfamilias [in suis rebus] praestare solet a creditore exiguntur ». (Cfr. GERTH, op. cit., p. 53). I compilatori invece, quando impongono la *custodia in senso tecnico*, dicono: « nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire ». J. III-14 § 2. L'esegesi di questo paragrafo delle istituzioni giustiniane vedila in seguito. Nè osta la considerazione che — come sembra probabile e verrà rilevato nel corso di questo scritto — si deve ai giustiniane la nuova norma secondo la quale il creditore pignoratizio risponde anche dei così detti casi minori ma non della forza maggiore assoluta (= *casus fortuitus*). Se non è infatti inverosimile che sieno interpolati in tale direzione il § 4 J. III-14 (*fortuito* interp.) e la c. 9 C. 1V-24 (*fortuitis* interp.), chi può dire perchè mai i commissarii di Giustiniano, pur volendo introdurre nei testi classici un nuovo principio, modificchino soltanto alcuni frammenti e non tutti gli altri che con esso stanno in relazione?

Ad ogni modo è fuori di discussione che il fr. 13 § 1 così come è, e isolatamente considerato, non presenta elementi per cui la *vis maior* si debba intendere nel senso di *casus maior* e la *custodia* in quello di *custodia tecnica*.

fr. 30 D. 13-7 Paulus, 5 *epitomarum Alfeni Verti digestorum*:

« Qui ratiario crediderat, cum ad diem pecuniam non solveretur, ratem in flumine sua auctoritate detinuit: postea flumen crevit et ratem abstulit. si invito ratiario retinuisse, eius periculo ratem fuisse respondit: sed si debitor sua voluntate concessisset, ut retineret, culpam dumtaxat ei praestandum non vim maiorem ».

Anche in questo frammento la *vis maior* altro non è che il *casus* puro e semplice. Vedi la contrapposizione: *culpam dumtaxat non vim maiorem*. A ciò si aggiunga che il caso concreto di *vis maior*, la *vis fluminis*, non è in sé e per sé esempio di *casus maior*. Nelle applicazioni pratiche, per chi mantenga la distinzione tra casi maggiori e casi minori, tutto dipende dal modo onde si manifesta la piena. Ma non è su questo campo che il giurista porta la discussione; egli rimane in quello della *culpa*. Quindi la semplice diligenza del buon padre di famiglia vale a liberare il creditore pignoratizio.

fr. 9 § 2 D. 19-2 Ulpianus, 32 *ad edictum*:

²⁾ Vedi la nota 2 a pag. 170.

Ogni difficoltà, relativa ai punti sinora toccati, sparirebbe certamente, se si riuscisse a dimostrare, in conformità a numerose dichia-

« Julianus libro quinto decimo digestorum dicit, si quis fundum locaverit, ut etiam si quid vi maiori accidisset, hoc ei praestaretur, pacto standum esse ».

Giova premettere che Ulpiano nello stesso commentario ad edictum (libro 38 v. fr. 13 § 1 D. 13-7) adopera, come s'è già dimostrato, la espressione tecnica *vis maior* nel senso di *casus*, nel significato di evento incolpevole. E per un giurista romano sarebbe ben strano che lo stesso termine venisse usato indifferentemente per indicare due concetti che sono poi, quanto agli effetti, affatto diversi. L'esame dell'intero fr. 9 viene anche in nostro aiuto e serve per dimostrare che la *vis maior* del § 2 è = a *casus*. In tutto ciò che precede (v. pr. e § 1 del fr. 9) si discorre di eventi, non imputabili a colpa del locatore, che impediscono il *frui*, ed immediatamente prima del nostro § 2 si tratta appunto dell'*incendium* (questo non è certamente esempio di caso fortuito assoluto) per dire che, incendiatasi la casa locata, il conduttore sarà tenuto *soltanto* al pagamento della pigione per il tempo in cui essa fu abitabile. Segue, come sappiamo, che può il locatore patuire che il conduttore debba anche prestare il caso. Nei §§ 3 e 4 si continua poi a parlare di *casus* (nel § 3 il *fortuitus*, avanti a *casus*, è probabilmente interpolato).

fr. 25 § 6 D. 19 2 Gaius, 10 ad edictum provinciale:

« Vis maior, quam Graeci θεοῦ βίαν appellant, non debet conductori dam-nosa esse, si plus, quam tolerabile est, laesi fuerint fructus: alioquin modicum damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufer-tur... ».

La *vis maior* del nostro testo rimane tale anche quando lo stesso evento naturale abbia cagionato un *modicum damnum*; dunque non si ha riguardo all'inevitabilità, se in tal caso il conduttore non ha diritto alla *remissio mercedis*. Gli è perciò che essa non equivale a caso fortuito assoluto. Cfr. su ciò anche GERTH, op. cit. p. 27 sgg.

Accanto a questo fr. si possono citare:

fr. 24 § 4 D. 39-2 (*vis divina: violentia ventorum*)

fr. 59 D. 19 2 (*vis naturalis*, veluti terrae motus).

Il termine *vis* (senza il comparativo *maior*) ricorre in altri testi ed equivale a *casus*: fr. 30 § 4 D. 19-2 (l'incendio non era per i romani esempio di caso fortuito assoluto), fr. 37 D. 19-2 (la stessa espressione *vi aliqua* esclude l'intensità speciale del concetto di *vis*), fr. 30 pr. D. 35-2 (*vis hostium, praedonum, latronum*). Nella enumerazione dei casi ve ne hanno alcuni che non potrebbero essere stati consi-derati come esempi di caso fortuito assoluto. V. l'*incendium*; il che è la miglior prova che la *vis* di cui si parla sta per *caso* semplice.

C. 1 C. 4-23 (a. 290 vel 293):

« Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum quibus res com-modantur imputari non solent. sed cum is, qui a te commodari sibi bovem po-stulabat, hostilis incursionis contemplatione periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, praeses provinciae, si probaveris eum indemnitatem promississe, placitum conventionis implere eum compellet ».

Pur prescindendo dall'epoca (post-classica) cui appartiene questa costituzione, non si può negare che la *vis hostium* o l'*incursto hostilis*, addotta come esempio

razioni delle fonti, che i giureconsulti di Roma, assai probabilmente, non conobbero le ibride figure del *casus maior* o *fortuitus*, del così

concreto di *vis maior*, figuri nella enumerazione di casi semplici accanto anche all'*incendium*. - V. specialmente fr. 30 pr. D. 35-2 ed anche quei testi in cui è fatta menzione della *vis praedonum, latronum, piratarum* che debesi collocare sulla stessa linea. Cfr. p. 162, n. 1. E ciò è ben rilevante.

È assai dubbio se la *vis maior* di cui parla Fiorentino (fr. 36 D. 19-2) sia la forza maggiore assoluta, il caso irresistibile. Ma di ciò si tratterà ampiamente nel testo (sotto *vis maior*).

In due frammenti la *vis maior* non ha significato *tecnico* (il significato cioè di una speciale gran forza in senso assoluto); ivi l'espressione è invece adoperata per indicare il rapporto tra due forze.

V. fr. 7 D. 41-2 Paulus, 54 *ad edictum*:

« Sed et si nolit in fundum reverti, quod vim maiorem vereatur, amissae possessionem videbitur: et ita Neratius quoque scribit ».

fr. 33 in fine D. 19-2 Africanus, 8 *quaestionum*;

« ... sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis ». Cfr. GERTH, op. cit., p. 25 sgg. Riguardo al qual frammento non si può accettare l'interpretazione del Cuiacio (ad Africanum tractatus VIII), che, contrariamente al testo, disgiunge la *vis maior* dal *sin vero interpellabitur ab eo quem tu prohibere etc.*, e parla del diritto del *conductor* alla *remissio mercedis*, « si ideo frui non possit fundo conducto quod publicatus sit, vel quod chasmate perierit, vel qua alia vi maiore aut iniuria potentioris etc. ».

Niente ha da vedere colla nostra *vis maior* la *vis magna* del fr. 18, § 4 D. 41-2. Egualmente io non saprei qui citare il fr. 2 D. 4-2 Paulus, 1 *sententiarum* (= Paul. *Sent.* 1, 7, 7) per quanto possa parere che la definizione ivi contenuta (*Vis autem est maioris rei impetus, qui repelli non potest*) si convenga meglio al concetto della *vis maior*, il caso fortuito tipico ed assoluto. Cfr. BONFANTE, *Istituzioni* 4, p. 90 n. 1.

Tra gli scrittori non giuridici che adoperano l'espressione *vis maior* (avverto subito che la ricerca non è completa, essendo pur troppo il *Thesaurus linguae latinae* ancora ben lungi dalla fine, e che ho veduto soltanto i passi indicati dai non molti vocabolari speciali che possediamo e dal lessico del Forcellini) si possono confrontare i segg.:

In Cicerone la locuzione *vis maior* ha quasi sempre il secondo termine di comparazione. In un luogo (*Planc.* 42) essa è usata assolutamente: « Si vitam mihi sors ademisset, aut aliqua vis maior » ma nulla ci dice se si debba intendere nel senso di caso o in quello di forza maggiore (secondo il significato moderno). Lo stesso si ripeta per Seneca, *de Beneficiis* IV, 39: « Vadimonium promittimus, tamen deserti non in omnes datur actio deserentes. vis maior excusat ». La *vis maior* di cui parla Livio (V, 9) ha anch'essa un implicito termine di correlazione.

Sono invece per noi di maggior valore, in quanto si può ricavare un senso preciso, questi due luoghi: Plinio (il vecchio). *Histor. natural.* XIII, 69; « Ante omnia autem duo genera esse caelestis iniuriae meminisse debemus, unum, quod tempestates vocamus, in quibus grandines, procellae, ceteraque similia intelliguntur: quae cum acciderint, vis maior appellatur. Haec ab horridis sideribus

detto *casus mixtus*, del *casus voluntarius*. Tolta di mezzo la distinzione, anch'essa non molto felice dal lato dogmatico, del caso in mag-

exeunt, veluti Arcturo, Orione, Hoedis. Alia sunt illa quae silente coelo serenisque noctibus fiunt, nullo sentiente, nisi cum facta sunt. Publica haec et magnae differentiae a prioribus, aliis rubiginem, aliis uredinem, aliis carbunculum appellantibus, omnibus vero sterilitatem ».

Columella, *De re rustica* I, 7: « Comiter agat cum colonis, facilemque se prebeat, et avarius opus exigit, quam pensiones, quoniam et minus id offendit, et tamen in universum magis prodest. Nam ubi sedulo colitur ager, plerumque compendium, numquam (nisi si caeli vis maior, aut praedonis incescit) detrimentum affert, eoque remissionem colonus petere non audet ».

Plinio discorre bensì di due specie di *celestes* iniuriae, di cui l'una si denomina *vis maior*, ma il contrapposto coll'altra non è trovato nella irresistibilità. Con *vis maior* Plinio designa una categoria di eventi naturali che hanno per sola caratteristica la forza colla quale si manifestano. Su ciò cfr. anche GERTH, op. cit., p. 26.

Anche in Columella, per quanto si parli di *vis maior* e si aggiunga tosto: *aut praedonis* (la *vis praedonum* sarebbe esempio di caso fortuito assoluto), questa *vis maior* non è quella che equivale a *casus maior*. Egli difatti dice: « nisi si caeli vis maior », il che fa manifesto che voglia riferirsi alla *vis caelestis* (o divina). Cfr. i già citati testi giuridici in cui torna *vis caelestis*, *divina*, e specialmente fr. 25 § 6 D. 19-2 dove se ne tratta a proposito di locazione di fondi e della *remissio mercedis*.

Se, come pare, *vis maior* equivale, nei testi giuridici esaminati, a *casus*, questa espressione va completata (la forza deve essere maggiore di qualche cosa; vedi STINTZING, *Ueber vis maior im Zusammenhang mit periculum*, in « Archiv für d. civ. Praxis », vol. 81 (N. F. 31), p. 466) e trattasi di vedere in che possa consistere l'altro termine della comparazione.

Riguardo agli eventi naturali la *vis maior* rispetto alla debolezza umana. E per gli altri avvenimenti dannosi, non imputabili, a quelli equiparati (per l'antichità della equiparazione v. fr. 15 § 2 D. 19-2: « Servius omnem vim dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum, aut si incursus hostium fiat) esso termine di comparazione è rappresentato dalla diligenza del buon padre di famiglia. (Cfr. anche GERTH, op. cit., p. 75). Il normale, comune, accorgimento di costui è superato, se la cosa, ad es., riguardo alla quale la sua diligenza va applicata, gli è portata via da abili ladri, da *latrones*. L'ablazione è un che di superiore rispetto alla di lui diligenza, è una forza più grande della energia che l'uomo diligente suole impiegare per preservare l'oggetto.

1) Esiguo inverò è il numero dei testi in cui *vis maior* torna nel senso di *vis cui resisti non potest*. Questo sospetto deve essere nato anche al GRADENWITZ (*Zur Natur der « Dos »* in « Mélanges Gérardin » (p. 284); almeno così mi pare di intendere leggendo tra le righe.

2) fr. 11 § 4 D. 4-4 Ulpianus, 11 *ad edictum*:

« Item non restituetur, qui sobrie rem suam administrans occasione damni non inconsulte accidentis, sed fato velit restitui: nec enim eventus damni restitutionem indulget, sed inconsulta fatalitas... ».

§ 5. « Si locupleti heres extitit et subito hereditas lapsa sit (puta praedia

giore e minore, ben limpido apparirebbe il concetto del *casus* classico, ben netta la contrapposizione tra caso e colpa. Sarebbe *casus* ogni

fuerunt quae chasmate perierunt, insulae exustae sunt, servi fugerunt aut decederunt): Iulianus quidem librò quadragensimo sexto sic loquitur, quasi possit minor in integrum restitui. Marcellus autem apud Iulianum notat cessare in integrum restitutionem: neque enim aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem, et quod fato contingit, cuius patrifamilias quamvis diligentissimo possit contingere...».

Uno degli esempi (insulae exustae sunt) ci fa, senz'altro, escludere che Ulpiano discorresse del fato, come di evento irresistibile. A ciò si aggiunge che il *damnum quod non inconsulte accidit sed fato* è per lo stesso giureconsulto (v. il trascritto § 4) il danno puramente casuale, come chiaramente prova la contrapposizione).

Non escluderei che siano da attribuire ai compilatori le parole *quamvis diligentissimo*. Questo sospetto potrà apparire fondato, quando si dimostrerà qual valore abbia nei commissari di Giustiniano il *damnum fatale*.

fr. 16 D. 6-1 Paulus, 21 *ad edictum*:

« Utique autem etiam mortuo homine necessaria est sententia propter fructus et partus et stipulationem de evictione: non enim post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet. Culpa non intelligitur, si navem petitam tempore navigationis trans mare misit, licet ea perierit... ». La contrapposizione tra colpa e caso, resa più manifesta dal *Culpa non intelligitur* etc., per quanto implicita, mi sembra abbastanza chiara. Ciò esclude che nella mente del giurista il fato sia usato per caso con forza speciale, e fa ritenere che Paolo abbia adoperata l'espressione *fatum praestare* come equivalente all'altra, analoga, *casum praestare*. — Si può anche confrontare il fr. 21 pr. D. 6-1 (Paulus, 21, *ad edictum*). La fuga del servo (*casus*) non rende responsabile il possessore (di buona fede), se egli non è in colpa per non averlo custodito (si talis fuerit, ut et custodiri debuerit).

fr. 33 (32) D. 43-5 Macer, 1 *de publicis iudiciis*:

« Nihil interest, adulteram filiam prius pater occiderit an non, dum utrumque occidat: nam si alterum occidit, lege Cornelia reus erit, quia lex parem in eos, qui deprehensi sunt, indignationem exigit et severitatem requirit. quod si altero occiso alter vulneratus fuerit (fugerit scilicet), verbis quidem legis non liberatur: sed divus Marcus et Commodus rescipserunt impunitatem ei concedi, quia, licet interempto adultero mulier supervixerit post tam gravia vulnera, quae ei pater inflixerat, magis fato quam voluntate eius servata est ».

Non occorre una particolare illustrazione del testo, per intendere che *fato* sta per *casu*, cui equivale.

fr. 2 D. 35-1 Ulpianus, 5 *ad Sabnum*:

« Conditionum quaedam sunt, quae quandoque impleri possunt etiam vivo testatore, ut puta 'si navis ex Asia venerit', nam quandoque venerit navis, conditioni paritum videtur: quaedam, quae non nisi post mortem testatoris 'si decem dederit' 'si Capitolium ascenderit': nam ut paruisse quis conditioni videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam: nam si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati ».

Perchè si ottemperi alla condizione è necessario che l'atto imposto sia stato

evento naturale, o ad esso assimilato, indipendente dalla volontà dell'obbligato. Un tale evento i Romani avrebbero anche chiamato *vis*, *vis naturalis*, *vis divina*, *vis maior*, *fatum*¹⁾.

Ecco ciò di cui occorre dar la prova.

compiuto volontariamente, non così, se esso venga posto in essere per puro caso. Anche qui dunque si ha l'equazione *fatum* = *casus*. (Vedi la contrapposizione tra *casus* e *voluntas*).

fr. 3 pr. D. 33-7 Papinianus, 8 *responsorum*:

« Fundum instructum libertis patronus testamentum legavit; postea codicillis petiit, ut morientes partes suas fundi superstitibus restituerent, nec instructi mentionem habuit; talem in causam fideicommissi deductum videri placuit, qualis fuerat legatus; et medii temporis augmenta foetuum et partuum, item detrimenta fatalium fidecommissio contineri ».

Nella fine del fr. si dice che come gli incrementi accrescono il *legatum instructum*, così le perdite dovute al caso lo diminuiscono. Ma i *detrimenta fatalium* di questo testo sono i danni puramente casuali? Per l'affermativa starebbero le seguenti considerazioni. Nelle fonti non vi ha traccia alcuna di aggravamento della responsabilità del fiduciario. Questa si ferma alla *culpa*; chi è quindi onerato di un fedecommissio risponde della comune e normale *diligentia diligentis*. V. fr. 108 § 12 D. 30. Se mai si manifesta (nel diritto nuovo) una chiara tendenza ad attenuare cotesta responsabilità. Non si vuole più che il fiduciario sia tenuto per la *culpa levis*, ma soltanto per il dolo e per la *culpa lata*; v. l'interp. fr. 22 § 3 D. 36-1 e su di esso anche i miei studi sulla *culpa lata* in « Bull. dell'Ist. di dir. rom. », anno XVIII, fasc. III-VI, pp. 268-69. Se per Cuiacio (Comm. in lib. VIII *Respons.*, vol. 4 col. 1090 ediz. Venezia-Modena) invece i *detrimenta fatalium* sono i danni inevitabili, i casi maggiori soltanto, egli, poichè non può trovarsi nel testo alcun appiglio per tale interpretazione, pare che si fondi unicamente sull'analogia che presenta questa locuzione coll'altra: *damna fatalia*. Il qual criterio, da solo, può riuscire fallace. Abbiamo di fatti esaminato alcuni testi in cui espressioni come *fatum praestare*, ad es., *fato facere* equivalgono a *casum praestare*, *casu facere*.

Nella c. 3 C. 3-28 (a. 197), dove non viene certamente in considerazione la imputabilità, o meno, dell'evento (morte della madre), si usano indifferentemente *casus* e *fatum*. Parimenti non ha forza speciale il termine *fatum* nel fr. 12 D. 48-8, Modestinus, 8, *regularum* (*fati infelicitas excusatur*). V. pure fr. 135 D. 50-16 e Paul. R. S. III-V-9, dove si adopera *fataliter* e niente autorizza a ricavare un significato diverso da quello che emerge dai testi qui citati.

Fatum nell'uso degli scrittori non giuridici denota ora la *voluntas*, il *placitum Deorum*, ora *casus*, *calamitas*, *infortunium*. Non cito i numerosi luoghi per non fare a buon mercato della erudizione ingombrante.

¹⁾ Il *fato* (stoico) è la connessione di ogni cosa (σύνταξις τῶν ὄλων), l'ordine e la serie delle cause (ordo ac series causarum), la *necessità* delle cose (necessitas rerum omnium actionumque, quam nulla vis rumpat Seneca, *Natur.* qu. II, 16). Il *fato* è l'originaria potenza, la ragione e la legge del mondo (τοῦ κόσμου λόγος καὶ νόμος), la verità, la causa, la natura (ἀλήθεια, αἰτία, φύσις); è l'eterno movimento, l'ordine, la forza motrice della materia, la fortuna, ecc. Cfr. FLOMUSI-

I.

La distinzione, cui s'è testè accennato, trova la sua espressione nelle seguenti locuzioni: *casus maior*; *casus maior cui humana infirmitas resistere non potest*; *damna quae casu ita accidunt, ut nihil possit imputari*; *casus cui ignosci debet*; *vis cui resisti non potest*; *vis maior*; *damna fatalia*; *fatale damnum vel vis magna*; *casus fortuitus*.

Per tanta varietà di forma non muta il concetto.

Il caso irresistibile vien chiamato *maior* in relazione ed opposizione a quella categoria di casi (minori) che riesce possibile evitare. E poichè si distingue tra tali eventi in ordine alla responsabilità, così s'intende pienamente il *casus qui ita accidit, ut nihil possit imputari*, il *casus cui ignosci debet*, il *casus fortuitus* (in antitesi a non fortuito o volontario pel quale s'è tenuti a causa della colpa). Questo caso irresistibile è, rispetto alla *humana infirmitas*, una *vis*. E, se si parla di *vis maior*, certamente s'impone l'analogia col caso qualificato come *maior* riguardo ad un altro e diverso (*minor*). Chi ha costruito il *casus maior* ben può aver discorso di *vis maior* (nel senso di forza irresistibile) in contrapposto a *vis minor* (: la semplice *vis*, quella che equivale a *casus*).

In perfetta corrispondenza a questi modi di dire sta anche il *damnum fatale*, con cui si designa sempre lo stesso caso irresistibile guardando alla ineluttabilità degli effetti propri di siffatto evento e ritraendo un'altra nota caratteristica del fato stoico.

L'esame delle nostre fonti ci dirà, se, e in quali termini, sia da attribuire ai giureconsulti di Roma una tale concezione, per cui si renda necessario di distinguere tra casi imputabili e casi non imputabili. Completato il quale esame, con facilità potrà essere colta la ragione precipua per la quale la distinzione si fa.

GUELFI (*Lezioni sulle obbligazioni redatte da G. Grisostomi*, anno 1897, pag. 292-293). Sui giureconsulti romani influirono certamente le dottrine della scuola stoica. Ma costoro adoperano il termine *fatum* per *casus* (= vis divina), così come gli stoici confondevano il Fato colla Divinità. (V. COVIELLO (N.), op. cit., p. 3). È detto da Crisippo che tutto ciò che avviene, avviene secondola volontà di Giove. Cfr. FILOMUSI, *Lezioni* citate, p. 294.

Deve essa riannodarsi a quel visibile - e già notato - movimento della legislazione giustiniana verso l'ampliamento dell'originaria responsabilità dell'obbligato?

Casus maior.

fr. 1 § 4 D. 44-7 Gaius, 2 *aureorum*:

« Et ille quidem qui mutuum accepit, si quolibet casu quod accepit amiserit, nihilominus obligatus permanet: is vero qui utendum accepit si [maiore] casu [cui humana infirmitas resistere non potest], veluti incendio ruina naufragio rem quam acceperit amiserit securus est. [alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit]. [sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat] tenetur, veluti si quasi amicos ad cenam invitaturus argentum, quod in eam rem utendum accepit, peregre proficiscens secum portare voluerit et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit ».

Abbiamo da fare con un testo largamente interpolato.

Gaio, nel fr. genuino, trattava della responsabilità del commodatario in opposizione a quella del mutuatario. Costui è obbligato *si quolibet casu quod acceperit amiserit*, quegli invece è liberato se la cosa a lui comodata perì per caso, ad es., in un incendio, in un naufragio ecc.

Aggiungeva il giureconsulto che la liberazione del commodatario, nelle ipotesi ricordate, non trova più luogo quante volte egli sia in colpa per avere fatto della cosa un uso diverso da quello per cui l'ottenne. L'esempio (scolastico) addotto per chiarire questo principio è che taluno, volendo invitare a cena alcuni amici, si sia fatto dare per ciò in prestito un servizio d'argento, che sia poi, avendolo seco portato il commodatario, perito, durante un viaggio per mare, in un naufragio, ovvero sia stato preso dai corsari che assalirono la nave¹⁾.

¹⁾ Per la genuinità di questo esempio scolastico si veda: Gai III § 196, fr. 18 D. 13-6, Gaius, 9, ad edictum provinciale, ed anche il fr. 22 D. 3-5, Gaius, 3, ad edictum provinciale.

I compilatori introdussero dapprima la distinzione tra casi maggiori e minori (e l'intento è evidente: quello di aggravare la responsabilità del commodatario). A tal'uopo inserirono *maior* avanti a *casu* e *cui humana infirmitas resisti non potest* dopo. L'alterazione di questa parte del testo è stata anche avvertita dal Lusignani, il quale però, a torto, vuole sopprimere anche l'esemplificazione *veluti ruina, incendio, naufragio*¹⁾.

Le ragioni, da lui non indicate, sono, per me, le seguenti. L'*incendium* e la *ruina* non potevano essere da Gaio, nè da altro giurista romano, considerati come casi irresistibili. (Vedi quanto s'è detto a tal proposito nella breve introduzione). E se alcuni degli esempi citati non possono essere inquadrati nella categoria del *casus maior*, è segno che il giureconsulto parlava del *casus*, senza distinzione di sorta, senza limitazione alcuna.

In seguito venne innestata nel fr. la menzione dell'obbligo della custodia; il periodo *alias tamen — custodire poterit* appartiene certamente ai commissari di Giustiniano²⁾. Ad essi giustamente, e con buoni argomenti, lo attribuisce il Lusignani³⁾ al quale rimando. Da ultimo segue nel testo un brano verosimilmente genuino, il quale però è connesso al resto per mezzo di un periodo che tradisce di nuovo la mano del compilatore: *Sed et in maioribus casibus, si culpa eius interveniat tenetur*.

Queste espressioni sono tra quelle che han servito di fondamento alla infelice costruzione di una non meno infelice formula dogmatica: il *casus mixtus*. Di esso ho già discusso (confr. la citata introduzione); qui ripeto che se è assurdo parlare di un *casus culpa determinatus*, tale assurdità non si deve addebitare a Gaio. Questo giureconsulto in altri frammenti rileva la responsabilità dell'obligato, ove costui versi in colpa, ma non adopera il termine *casus*⁴⁾.

¹⁾ LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia*, fasc. II, p. 115.

²⁾ La connessione tra le precedenti interpolazioni ([maior], [cui humana infirmitas resisti non potest]) e l'introduzione, nell'originario testo gaiano, di questo obbligo della *custodia* pare abbastanza palese. Il contenuto della così detta custodia in senso tecnico è anche rappresentato dalla responsabilità pei casi minori.

³⁾ Cfr. op. cit., fasc. II, p. 113.

⁴⁾ V. fr. 22 D. 3-5 Gaius 3, *ad edictum provinciale*:

« Sive hereditaria negotia, sive ea, quae alicuius essent, gerens aliquis necessario rem emerit, licet ea interierit, poterit, quod impenderit, iudicio negotio



Il *casus maior*, cui *resisti non potest* torna in un altro frammento, dello stesso Gaio, anch'esso relativo alla responsabilità del commodatario ¹⁾.

fr. 18 D. 13-6 Gaius, 9 *ad edictum provinciale*:

« In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque [diligentissimus] paterfamilias [suis rebus] adhibet, ita ut tantum [eos] casus non praestet, [quibus resisti non potest], veluti mortes servorum [quae sine dolo et culpa eius accidunt], latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent quod autem de latronibus et piratis et naufragio diximus, ita scilicet accipiemus, si in hoc commodata sit alicui res ut eam rem peregre secum ferat: alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad cenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et naufragii casum praestare debet... ».

Per l'interpolazione, probabile, di « diligentissimus » e « suis rebus » confr. il cit. fr. 1 § 4 D. 41-7 del medesimo giureconsulto e vedi le osservazioni del Lusignani (op. cit. loc. cit.) A me qui interessa dimostrare come non sia di Gaio il principio che limita la liberazione del commodatario ai soli *casus quibus resisti non potest*. E la prova è sotto mano. Anche in questo fr., accanto all'*incursus hostium*, alle *insidiae piratarum* (esempi di caso semplice in altri

rum gestorum consequi: veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit, idque casu quodam interierit, forte incendio ruina. Sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio eius acciderit; nam cum propter ipsam ruina aut incendium dammandus sit, absurdum est. eum istarum rerum nomine, quae ita consumptae sunt, quidquam consequi ». Cfr. anche il fr. 18 D. 13-6, Gaius, 9, ad edictum provinciale ed intendi il « piratarum et naufragii casum prestare » nel senso di responsabilità per l'accaduto naufragio e assalto di corsari. Il PERNICE, *Labeo* II, 1^a ediz., p. 374 e n. 4 cita questi testi come esempi di *casus imputabili*, ma si tratta di una svista bella e buona.

¹⁾ Alla responsabilità del commodatario si riferisce anche il fr. 5 § 4 D. 13-6 (Ulpian., 28, ad edictum) che pure contiene la distinzione tra casi resistibili e irresistibili ed è manifestamente interpolato, come si dimostrerà in seguito (v. *damnum fatale*). E quanto a codesta responsabilità vedo con piacere enunciato nelle *Istituzioni* del BONFANTE (4^a ediz.) il principio che il commodatario « è sempre libero, almeno nel dir. giustiniano, da ogni responsabilità pel caso fortuito tipico ed assoluto (= *vis maior*; *damnum fatale*) ».

testi), alla *fuga servorum qui custodiri non solent*¹⁾ figura l'*incendium*, il quale non è davvero un caso irresistibile. Gaio nel cit. fr. 22 D. 3-5 ne parla come di *casus*, senz'altro. Giova pure notare che in questo fr. 22, assai verosimilmente genuino, il giureconsulto mostra di non conoscere la distinzione fra casi maggiori e minori o resistibili.

Quanto all'inciso « quae sine dolo et culpa eius accidunt » io non esiterei a ritenerlo emblematico. Rende evidente il tribonianismo la contraddizione patente che si riscontra nel testo. Se si parla di *casus*, è ben naturale che debba essere esclusa la colpa. L'aggiunta è quindi superflua, se non sciocca addirittura. Ben possono invece essere genuine le parole « quae sine culpa accidunt » nel fr. 23 D. 50-17. Qui non si parla prima di caso, come nel fr. surriferito, e poi si esclude esplicitamente la colpa, ma si adducono solo esempi di caso. Ora vero esempio di *caso* non può essere che quello in cui la morte dell'animale non sia dovuta a colpa del debitore. Questo argomento mi pare più convincente di quello su cui si fonda il Pernice (*Labeo* II¹, p. 375).



I. III-14 § 2:

«... et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod acceperit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum

¹⁾ L'aggiunta « qui custodiri non solent » è fin troppo chiara e forse non sarebbe stata necessaria (v. contro PERNICE, *Labeo* II, 1^a ediz., p. 376). Ma si passi pur sopra a questa eccessiva chiarezza. Ciò però su cui deve insistere è che la *fuga servorum* se si mostra ben adatta a rappresentare un esempio di *casus maior*, non perciò sta a disagio entro la enumerazione di casi (semplici) fatta nel testo. In astratto la fuga dello schiavo non sarebbe per sé evento irresistibile. Considerazioni però desunte dalla destinazione economica del servo avrebbero potuto ben farla considerare come avvenimento *cui resisti non potest*. V. BRUCKNER, *Die Custodia*, p. 82 sgg. Ma lo stesso esempio, così come ci è presentato, si conviene egregiamente ad un elenco di casi, senza distinzione di sorta. Il *qui custodiri non solent* di fatti richiama alla mente la responsabilità, per colpa, di colui che non impedì la fuga dello schiavo che doveva custodire. In tale ipotesi non si può parlare di *caso*. Invece la colpa manca e si ha caso, quando sia fuggito uno schiavo che non occorreva custodire. L'evento non è allora imputabile al debitore. Pare quindi che il giurista pensi alla imputabilità o meno dell'evento e perciò al caso senz'altro, piuttosto che all'irresistibilità dell'avvenimento, e quindi alla distinzione tra casi maggiori e minori.

hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non teneatur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis».

Il Ferrini, nelle sue *Fonti delle Istituzioni di Giustiniano*¹⁾, crede che questo § 2 sia stato tratto dalle Res Cottidianae di Gaio. Anzi, secondo lui, in questo punto le Istituzioni offrirebbero nel complesso una più fedele riproduzione del testo primitivo, rispetto ai Digesti.

Il rilievo delle alterazioni notate nei fr. 1 § 4 D. 44-7 e 18 D. 13-6 mi dispensa da ogni discussione sul valore dell'attribuzione fatta dal Ferrini e sulla importanza che questo testo delle Istituzioni ha per l'indagine sulla classicità del *casus maior*.

Osservo soltanto che alla responsabilità del commodatario si riferisce una notevole decisione di Giuliano, riportata da Ulpiano in un altro testo.

V. fr. 19 D. 13-6 Iulianus, 1 *digestorum*:

«Ad eos, qui servandum aliquid conducunt aut utendum accipiunt, damnum iniuria ab alio datum non pertinere procul dubio est: qua enim cura aut diligentia consequi possumus, ne aliquis damnum nobis iniuria det?

Confr. fr. 41 D. 19-2 Ulpianus, 5 *ad edictum*:

«Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est».

Giuliano, il quale si esprime in maniera assoluta rispetto ai danni dati dai terzi, dà a vedere di non conoscere l'obbligo del commodatario di rispondere per quei danni che si sarebbero potuti evitare mediante *exactissima diligentia*. In effetti per un danno che, a

¹⁾ V. *Bullettino dell'Istituto di dir. romano*, vol. XIII, p. 173.

suo avviso, colla debita diligenza non si sarebbe evitato dichiara l'irresponsabilità dell'obbligato.

Marcello ed Ulpiano concordano, in sostanza, con Giuliano, e cercano soltanto di temperare l'assolutezza della formulazione giuliana. Confr. Ferrini, cit. *Archiv. giur.* vol. 53, pp. 280, 281 (il quale, a ragione, combatte l'interpretazione del Baron) e Lusignani, *La responsabilità per custodia*, fasc. I, pp. 21, 22.

E va notato che Ulpiano si propone la stessa domanda di Giuliano così: «qua enim custodia consequi potuit ne damnum iniuria ab alio dari possit?». E poichè non si può mettere in dubbio che il *damnum iniuria datum* sia in astratto evitabile, convien credere che per lo meno Giuliano, riguardo al commodatario, nulla sapesse della *custodia in senso tecnico*.

Si veda ora quanto è verosimile che si tratti di una innovazione gaiana. Se infatti è Gaio che, dopo Giuliano, per primo, ci dà questo insegnamento, non resta che porlo tra i giuristi novatori!



fr. 6 §§ 9 e 10 D. 2-13 Ulpianus, 4 *ad edictum*:

«... nam et ipsi argentario ex causa ratio edenda est: si naufragio vel ruina vel incendio [vel alio simili casu] rationes perdisse probet aut in longinquo habere, veluti trans mare. (§ 10). Nec iterum postulanti edi praetor iubet, nisi ex causa:»

fr. 7 h. t. Paulus, 3 *ad edictum*:

«veluti si peregre habere quod primum editum est doceat: vel minus plene editum: [vel eas rationes, quas casu maiore, non vero neglegentia perdiderit. nam si eo casu amisit, cui ignosci debeat, ex integro edi iubebit]».

Se di scarso interesse riesce la probabile interpolazione di «vel alio simili casu» (vedi quanto si dirà in seguito a proposito di simili generalizzazioni), ben importante si mostra, per la nostra indagine, l'alterazione del fr. attribuito a Paolo. E non vi ha dubbio che i compilatori abbian messe le loro mani in questo testo.

Il periodo «vel eas rationes, quas casu maiore, non vero neglegentia perdiderit» rimane sospeso in aria. Qual verbo regge *eas rationes*? La contrapposizione «casu maiore, non vero neglegentia» non può appartenere a Paolo, nè ad altro giureconsulto romano. La

neglegentia, quale ci viene qui presentata, abbraccia certamente il *casus minor*. Ora in ciò, stando alla precisa terminologia delle fonti nostre, si ha una evidente contraddizione in termini. Sarebbe *casus* l'evento dovuto a *neglegentia* dell'obbligato, quindi l'avvenimento imputabile a colpa del debitore! Insisto su ciò non tanto per dimostrare l'alterazione del testo, la quale risulta chiara in base all'altro rilievo, quanto per mettere in evidenza che i bizantini, distinguendo nel campo del caso il caso maggiore dal minore, sembrano operare col concetto di colpa. Da *nam* in poi si aspetterebbe, giusta la condotta logica del brano, la giustificazione del principio prima esposto, ed invece ci si dice - cosa non affatto necessaria ¹⁾ - che l'*editio* dovrà farsi *ex integro*. Ed in quale forma! Gli stessi compilatori del *Vocabularium Iurisprudentiae rom.* ²⁾ dubitano della genuinità dell'espressione « eo casu cui ignosci debeat ». In vero è ben curioso questo caso cui bisogna perdonare.

Anche allo stesso banchiere *ex causa ratio edenda est*. Costui avrà diritto alla esibizione, se provi di aver perduto le *rationes* in un incendio, in un naufragio ecc. Ciò dice Ulpiano nel § 9 del cit. fr. 6 senza alludere menomamente alla distinzione tra casi maggiori e minori, anzi i casi addotti, per lo meno la *ruina* e l'*incendium*, la escludono completamente, non potendo la rovina e l'incendio essere citati come esempi di caso irresistibile, inevitabile. Anche per questo verso dunque appare verosimile l'alterazione del fr. di Paolo.



fr. 41 § 7 D. 40-5 Scaevola, 4 *responsorum*:

« Titius Sticho servo suo libertatem dedit sic 'si rationes derit': quaero an ratio per eum gesta ita putari debeat, ut damna

¹⁾ Sarebbe ben strano che chi perdetto, ad es. in un incendio, le *rationes* e ne chiedesse di nuovo la esibizione, non dovesse riaverle *ex integro*, come cioè le ebbe la prima volta. Se si guarda al *vel minus plene editum* che si legge in principio del testo, principio assai verosimilmente genuino, la ragione delle incongruenze che il fr. presenta si può trovare nei tagli e rabberciamenti che il brano di Paolo subì. Con ogni probabilità l'*ex integro edi iubebit* nel discorso del giureconsulto si riferiva al *vel minus plene editum*. Nè vi ha difficoltà ad ammettere che anche Paolo, come Ulpiano, facesse l'ipotesi della perdita delle *rationes* per caso. Siamo però nel campo delle congetture e una sicura ricostruzione del testo originario non pare possibile.

²⁾ *Vocab. Iurisprudentiae Romanae*, tom. I, col. 636.

quae casu contingerunt, ad onus reliquorum non pertineant. respondit in negotio, quod voluntatē domini administrasse proponatur, ea damna, quae casu [ita] acciderint, [ut servo nihil possit imputari], non pertinere ad onus reliquorum ».

Senza dubbio alcuno questo fr. va riferito alla distinzione tra casi maggiori e minori. Difatti, se implicitamente si parla di casi imputabili al servo, questi non possono essere che i casi minori. (Confr. anche Pernice, *Labeo* II¹, p. 374, n. 4).

Gli è però che essa distinzione comincia già coll'essere sospetta pel fatto che si presenta quasi improvvisamente nella decisione.

L'elegante Scevola invece suole, dopo di aver esposta la specie, con chiarezza mirabile, e dopo di aver messo in luce gli elementi tutti che influiscono sulla soluzione, risolvere il quesito assai sobriamente rispondendo affermativamente o negativamente¹). Al nostro Scevola non si deve poi fare il grave torto di attribuirgli la concezione di un *casus*, *qui ita accidit ut aliquid possit imputari*. Egli chiamerebbe *casus* la colpa!

Tutto fa pensare invece che la distinzione di cui trattiamo sia stata probabilmente introdotta nel testo da mano estranea. Si deve invero considerare che in principio del testo il giureconsulto parla soltanto e semplicemente di *damna quae casu contingerunt*, cioè del *casus* senz'altro, senza intensità speciale. Egli quindi mostra di non conoscere l'aggravamento di responsabilità che, in materia di liberazione dalla schiavitù sottoposta a condizione, pare affatto escluso secondo altre autorevoli decisioni²).

¹) Cfr. la mia introduzione ai *Tribontantsmt avvertiti da Antonio Fabro* in « Bull. dell'Istituto di dir. rom. », anno XIII (1900), fasc. II-VI.

²) Così in una decisione di Giuliano. V. fr. 22 D. 40-4 Africanus, 9 *quaestio-num*: « ... item quaesitum est, rationem argenti reddere iussus in quem modum intelligendus sit conditioni paruisse, id est an, si quaedam vasa sine culpa eius perierint atque ita reliqua vasa heredi bona fide assignaverit, perveniat ad libertatem. respondit perventurum: nam sufficere, si ex aequo et bono rationem reddat: denique quam rationem bonus paterfamilias reciperet, ea heredi reddita impletam conditionem videri ».

Alcuni vasi perirono per caso (*sine culpa eius*), sicché il servo pote conseguire soltanto i rimanenti all'erede. Ciò non pertanto egli conseguirà la libertà, dovendosi considerare come adempiuta la condizione « si rationem argenti reddiderit ». Obbligo dello schiavo era di reddere (all'erede) *quam rationem bonus paterfamilias reciperet*. Ma se l'impiego della comune diligenza del buon padre di famiglia fa cessare ogni responsabilità dell'obbligato, il quale non è tenuto



In altri testi dell'epoca classica *casus maior* non ricorre¹⁾.

Una costituzione del Codice dell'anno 294 - v. c. 28 C. 4-65 - ha *casus cui resisti non potest*, e la limitazione (*cui resisti non potest*) è, assai probabilmente, un tribonianismo del quale dirò, poichè mi riescirà più agevole, a proposito del fr. 15 § 2 D. 19-2. (Vedi *vis maior*).

Estranea alla terminologia romana è l'espressione *casus minor*, adottata dagli interpreti per indicare il caso resistibile.

Ma è anche estraneo il concetto?

Il Baron (cit. *Archiv f. d. civ. Praxis*, vol. 78, p. 206) cita due testi nei quali scorge due esempi di *casus minor*:

fr. 2 pr. D. 9-1 Paulus, 22 *ad edictum*:

« Haec actio non solum domino, sed etiam ei cuius interest competit, veluti ei cui res commodata est, item fulloni, quia eo quod tenentur damnum videtur pati ».

fr. 13 § 6 D. 19-2 Ulpianus, 32 *ad edictum*:

« Si fullo vestimenta polienda acceperit eaque mures roserint, ex locato tenetur, quia debuit ab hac re cavere. et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit, ex locato actione tenebitur, etiamsi ignarus fecerit ».

pei *damna quae casu contingerunt*, resta esclusa la distinzione in virtù della quale il debitore risponde per casi minori, che sono quelli evitabili mediante una speciale, una più accurata diligenza.

¹⁾ All'epoca post-classica appartiene la c. 8 C. 6-23 (Diocl. et Maxim. a. 290):

« Casus maioris ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de iure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solemnitas perempta est. Testes enim huiusmodi morbo oppresso eo tempore iungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata ».

Si può anche ammettere col VANGEROW (*Lehrbuch der Pandekten* II, § 444, p. 143) che l'eccezione al principio della così detta *unitas loci* non sia stata introdotta con questa costituzione, ma preesistesse. Il nostro rescritto, che espressamente la richiama, condanna erronee, eccessive estensioni del principio eccezionale. Singolare è però la formulazione di questo principio d'eccezione. Non si indica il morbo devastatore, ma, generalizzando, si dice addirittura: *casus maioris ac novi contingentis ratione*. Queste sono le parole che riescono sospette. L'*huiusmodi morbo* che si legge nella decisione rende anche più probabile che nel principio della costituzione si facesse invece menzione del morbo che aveva fornito l'occasione *legis*. Corroborata questa congettura l'*adversus timorem contagionis*.

Quanto al primo testo egli però non è nel vero, se ne deduce che sempre quindi il *fullo* risponda del danno recato dagli animali altrui alla cosa. Nel fr. si afferma solo che l'azione spetta a chi vi ha interesse e perciò anche al *fullo* che è tenuto a rispondere del danno. Ma quando e come sia tenuto - osserva giustamente in questo punto il Ferrini cit *Archiv. giur.*, vol. 53, p. 281 - il testo non dice; al giurista qui importa soltanto rilevare che il dover rispondere del danno è una ragione sufficiente per la legittimazione attiva.

Meno ancora si presta il fr. 13 § 6 per dare una base testuale al così detto *casus minor*. Il Baron richiama l'attenzione del lettore sul *quia debuit ab hac re cavere*, ma non pensa che il giureconsulto opera evidentemente col concetto di colpa, e colpa vede nel trascurato contegno del *fullo* che non seppe preservare le vesti dalla rosciechature dei topi. Il che riceve luce anche dall'altro caso subito dopo ricordato: «et si pallium fullo permutaverit et alii alterius dederit».

L'ignorare a chi dei due appartengano le vesti costituisce il miglior attestato della negligenza del lavatore di panni. Così si legge in uno scolio di Stefano (ind.) in cui il fr. 13 § 6 è mirabilmente illustrato. Vedi Bas. XX, tit. I, XIII sc. Ἐδωκα:

ἐάν μὴ βρωτον γενήται.] Ἐδωκα κναφεὶ βαπτεῖν ἐσθῆτα. ταύτην μὲν ἔγραφον. κρατηθήσεται τῇ λοκάτῃ. ἔδει γὰρ αὐτὸν φυλάττειν ἐπιμελῶς τὴν ἐσθῆτα, καὶ τρέφειν ἐκεῖνα τὰ ζῶα τὰ θυνάμενα τοὺς μύας ἀποσοβεῖν. εἰ δὲ ἡλλάξατο τὸ δοθὲν αὐτῷ ὑπ' ἐμοῦ, καὶ τὸ ἐμὸν ἐτέρῳ δέδωκε, ὥσπερ ἐμοὶ παρέσχε τό ἄλλότριον, κατὰ ἄγνοιαν δὲ τοῦτο γέγονεν ὑπ' αὐτοῦ, κατασχεθήσεται τῇ λοκάτῃ. βαθυμίας γάρ ἐστιν ἀπόδειξις, ἀγνοῆσαι αὐτὸν ἑκατέρου ἐσθῆματος τὸν δεσπότην.

[si mures roserint] fulloni vestem poliendam dedi. Mures eam roserunt. Locati tenebitur: debuit enim vestem diligenter servare, et ea animalia nutrire, quae mures possent abigere. Quodsi datum ei a me permutaverit, et alii dederit, et mihi alterius, idque per ignorantiam ab eo factum sit, locati tenebitur. Negligentiae enim documentum est, eum utriusque vestimenti dominum ignorasse. Heimb.].

Adunque nulla vi ha nei testi che dimostri pel diritto classico l'esistenza del concetto di *casus minor*.

Vis maior.

fr. 17 § 4 D. 19-5 Ulpianus, 28 *ad edictum*:

« Si, cum mihi vestimenta venderes, rogavero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis [aut alia maiore], periculum me minime praestaturum: [ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere] ».

La generalizzazione « aut alia maiore », sospetta di per sè, a me sembra emblematica. L'*incendium* viene posto (anche qui) tra i casi maggiori! Ed il periodo finale chiarisce il pensiero del compilatore, il quale vuole introdurre la responsabilità pei *casus minores*. La mancanza poi del verbo che regga la proposizione infinitiva: « periculum me minime praestaturum » è un altro indizio dell'intervento, in questo testo, dei commissari di Giustiniano. Qualche cosa dovè certamente esser tagliata via, sebbene non possa dirsi precisamente quale.

In favore dell'alterazione della chiusa (*ex quo - pertinere*) sta la considerazione che dal precedentemente detto (*ex quo apparet*) non si ricava direttamente l'obbligo della custodia. Si desume soltanto che non si risponde pel perimento casuale. Per intendere la forza del ragionamento, bisogna attribuirlo ai compilatori e mettersi dal loro punto di vista. Coll'inserzione di « aut alia maiore » essi limitano la liberazione dell'obbligato al *casus maior*. Implicitamente quindi stabiliscono la responsabilità pel *casus minor*. E per ciò aggiungono che il debitore sarà tenuto alla custodia, in quanto casi minori sono appunto quelli che si sarebbero potuti evitare mediante l'impiego di una *exactissima diligentia*.

Se si ammette che la menzione della custodia sia spuria, conviene vedere qui un'applicazione della così detta custodia in senso tecnico.

Nel fr. originario Ulpiano doveva trattare del semplice perimento delle vesti distrutte dalla forza del fuoco. La distinzione quindi cui alludono le parole *aut alia maiore*, resa più esplicita da « ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere », non è, molto probabilmente, sua.



La *vis maior* del fr. 3 § 1 D. 4-9 (Ulp., 14, ad edictum) è pure assai sospetta. Per la dimostrazione dell'alterazione ([idem erit dicendum et si in stabulo aut caupona vis maior contingerit]) rimando a quanto dirò, in seguito, trattando del *damnum fatale*, a proposito dell'emblematico inciso « nisi si quid damno fatali contingit ».



fr. 36 D. 19-2 Florentinus, 7 *institutionum*:

« Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculo est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur, si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset »

L'interpretazione di questo testo di Fiorentino, relativo al *periculum* nella *l. c. operis*, affatica da tempo la mente dei romanisti¹⁾. Secondo una opinione abbastanza diffusa, nella prima parte del fr. si parlerebbe del perimento dell'*opus* in seguito ad evento casuale; nella seconda invece del caso irresistibile, il quale esonera da ogni responsabilità il *conductor* ed effettua già prima dell'*adprobatio* il passaggio del pericolo nel *locator*. L'argomento principale per intendere così il testo sta nel *si tamen vi maiore* con cui pare che si accenni ad un principio diverso da quello prima enunciato. Ma questa esegesi urta contro difficoltà non lievi, le quali, a mio avviso, non sono state ancora superate. Innanzi tutto non è verosimile che lo stesso Fiorentino (in un libro di istituzioni) distrugga subito dopo una regola esposta in maniera assai recisa e piana. Infatti il principio che il *casus* si addossa al *conductor operis* prima dell'*adprobatio*, colla quale passa al *locator*, non è più vero, se *ante adpro-*

¹⁾ La serie delle differenti interpretazioni proposte può vedersi nel cit. lavoro del GERTH, p. 61 sgg. e nello scritto speciale del DOCHNAHL, *Die Gefahrtragung beim Werkvertrage*, in « Iherings Jahrbücher », f. d. Dogmatik vol. 12 (1904), p. 246 sgg.

bationem il *periculum* si trasferisce nel *locator*, ove l'opera sia stata distrutta per effetto di *vis maior*, per effetto cioè del perimento casuale tipico. Una tale contraddizione è già stata osservata¹⁾, ma su di essa si potrebbe anche non insistere, chè per altro ordine di considerazioni si dimostra - e forse anche chiaramente - come la *vis maior* del nostro testo non equivalga a *casus maior*.

La ragione su cui si fonda il giureconsulto per giustificare l'irresponsabilità del *conductor*, nell'ipotesi di *vis maior*, è la seguente: « non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset » Vale a dire: difatti non occorre che si presti al *locator* più di quello che egli avrebbe potuto ottenere mediante la sua *cura* ed *opera*. E poichè non vi ha dubbio che questa cura ed opera sia quella diretta ad impedire l'evento dannoso, ecco quale può e deve essere il valore dell'argomentazione. Il *locator* sopporta il pericolo, perchè egli stesso mediante l'applicazione della sua *cura* ed *opera* non avrebbe potuto allontanare il danno causato dalla *vis maior*. E quasi tutti gli interpreti sono ben concordi nell'ammettere ciò²⁾.

Ma se Fiorentino parla *semplicemente* e *soltanto* di *cura* ed *opera* (e non di straordinaria cura e diligenza, come a torto sostiene il Dochnahl³⁾, sembra che invochi il criterio della *diligentia diligentis*. In effetti nelle fonti tale significato hanno quelle espressioni similari in cui torna il termine *cura*⁴⁾.

¹⁾ Vedi MOMMSEN (Friedrich), *Beiträge zum Obligationenrecht*, parte 1^a, p. 372.

²⁾ L'interpretazione proposta dall'OERTMANN (*Der Zufall bei der Werkverdingung*, in « Zeitschr. für das Privat und öffentliche Rechte », vol. XXIV (1897), p. 55) non trova base alcuna nei nostri testi.

³⁾ Vedi op. cit. pag. 253. Il Dochnahl non ha certamente presenti quei testi in cui si discorre esplicitamente di *exactissima diligentia* allorchè si esige una diligenza superiore all'ordinaria.

⁴⁾ Vedi specialmente ad es.:

fr. 19 D. 13-6 Iulianus, 1 *digestorum*: « ... qua enim cura aut diligentia... ».

Cfr. anche fr. 3 § 1 D. 4-8 Ulpianus, 13 *ad edictum*: (« ... ad curam et sollicitudinem suam hanc rem pertinere... »).

fr. 57 D. 50-16 Paulus, 59 *ad edictum*: (« ... cui praecipua cura rerum incumbit et qui magis quam ceteri diligentiam et sollicitudinem... »).

fr. 25 §§ 3 e 4 D. 19-2 Gaius, 10 *ad edictum provinciale*: (« ... praeterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat. culpa autem ipsius et illud adnumeratur... »).

fr. 48 D. 41-1 Paulus, 7 *ad Plautium* (« ... qui diligentia et opera pervenerunt... »).

Ed allora *vis maior* non può non essere equivalente a *casus* senza distinzione ed intensità alcuna. Altrimenti si dovrebbe dichiarare che il nostro giureconsulto per giustificare l'irresponsabilità del *conductor* adduce un argomento punto sufficiente. Di vero esso non ci darebbe più la ragione per cui si spiega la deroga, non dovendo egualmente il conduttore rispondere *ante adprobationem* nemmeno dei così detti casi minori, che non si possono appunto evitare col l'impiego della *normale* diligenza.

E poichè, se si toglie il sospetto « nisi si aliud actum sit », tutto il resto della seconda parte del testo ha sapore classico e per la forma e la sostanza (nota la squisita eleganza dell'argomentazione in « non enim amplius praestari locatori... »), io terrei per fermo che la *vis maior* la quale ricorre nel testo di Fiorentino non altro sia che il semplice caso. L'autore dei *libri institutionum* pare che non intenda assolutamente la responsabilità per la prestazione dell'*opus*. Il conduttore vi è obbligato in tanto in quanto esso gli riesce possibile applicando *cura ed opera* (cfr Brinz, *Lehrbuch der Pandekten*, volume II, p. 766 e n. 15).

Con ciò - per quanto sia vero in genere che *periculum* nelle fonti viene *indifferentemente* riferito al perire accidentale, al colposo, o anche soltanto al doloso (cfr. anche Lusignani, ser. cit. I, p. 67 e segg) - io non vorrei recisamente affermare che il *periculum* della prima parte del fr. 36 sia il *periculum culpa*. Mi sono note le obiezioni mosse contro una tale interpretazione nel caso concreto del testo in esame¹⁾.

Ma ad ogni modo penso - il che non va parimente detto senza esitanza - che niuno potrebbe giurare se non sulla genuinità delle due parti onde consta il testo, almeno su quella del loro avvicinamento e collegamento²⁾.

¹⁾ Vedi GERTH, op. cit., p. 63; DOCHNAHL, op. cit., p. 252. Taluna di queste obiezioni non è priva di fondamento. Quella ad es., che si richiama alla poca verosimiglianza che lo stesso termine *periculum* venga adoperato in senso diverso nel principio e nella fine del passo di Fiorentino, non va trascurata.

²⁾ Certamente non si può dire che i giuristi romani abbian sempre e concordemente addossato il *periculum* dell'*opus* nella *l. c. operis* all'uno dei contraenti. I frammenti a noi pervenuti fanno piuttosto pensare che il principio fosse vivamente dibattuto. V. ad es. fr. 62 D. 19-2 (Labeo, 1, pithanorum); fr. 59 D. 19-2 (Iavolenus, 5, Labeonis posteriorum) cfr. fr. 37 D. 19-2 (Iavolenus, 8, ex Cassio). Vedi anche su ciò ORTMANN, op. cit., p. 55.

A complemento poi ed illustrazione della *vis maior* del fr. di Fiorentino, aggiungo che in nessun altro testo, riferentesi alla *l. c. operis*, si ha questa espressione (nel senso di *vis cui resisti non potest*). Il Dernburg (*Pand.* vol. II, p. 495, n. 24 della traduz. ital.) non coglie nel segno, se crede che la *vis naturalis* di cui parlava Sabino (v. fr. 59 D. 19-2 Iavolenus, Labeonis posteriorum) sia la forza maggiore, quella che non poteva essere evitata per via di precauzioni (tecniche). Gli sta apertamente contro la terminologia delle fonti (cfr. l'esame, fatto nella cit. introduzione a questo studio, dei frammenti che hanno la parola *vis*). Nemmeno la *vis aliqua* del fr. 37 D. 19-2 può essere citata in appoggio dell'opinione di lui. Appunto perchè si dice *aliqua* (*vis*) resta escluso ogni significato tecnico, speciale, di *vis*.



fr. 15 § 2 D. 19-2 Ulpianus; 32 *ad edictum*:

«Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim [cui resisti non potest] dominum colono praestare debere ait. ut puta fluminum graculorum sturnorum [et si quid simile acciderit] (?) aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedis agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruerit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit»

§ 3. Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est».

L'interpolazione dell'inciso «cui resisti non potest» (con cui si introduce una limitazione al principio dell'irresponsabilità per caso e si aggrava conseguentemente la responsabilità del colono, il quale è tenuto pei casi non irresistibili o minori) mi pare abbastanza sicura.

Gli stessi esempi addotti potrebbero escludere che nel testo si parlasse di forza irresistibile (= *casus maior*)¹⁾. La qual cosa è presto dimostrata, se si prende in esame il paragrafo immediatamente seguente. Nel § 3 Ulpiano riferisce un rescritto che accorda la chiesta *remissio mercedis* in caso d'incendio. Ora l'incendio non è certamente caso irresistibile (nè può diventare tale se nel rescritto si parla di *casus incendii repentini*, chè l'incendio il quale non capita improvviso fonda la colpa del colono).

Anche il rimanente discorso di Ulpiano conferma che questi trattasse del caso, ma senza distinzione e limitazione alcuna. Difatti subito dopo il principio sospetto si legge: « si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse ». Si contrappone cioè alla irresponsabilità per caso la responsabilità per *culpa*. Il quale rilievo riesce più efficace, se volgiamo l'attenzione su quanto segue. « Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse ». Qui non è decisiva, nella mente del giurista, per la responsabilità la considerazione dell'irresistibilità o meno dell'evento. Il colono è in colpa se lascia bruciare i frutti dall'abituale calore del sole. Egli deve curare che durante la stagione estiva i raggi solari non li colpiscano direttamente. Se, non ostante queste precauzioni, il *non adsuetus solis fervor* arreca danno si tratterà di *damnum* che a lui non si può imputare, quindi di *damnum quod casu contingit*. In altri termini ciò su cui pare s'insista è unicamente la prevedibilità o meno. Per l'inciso « et si quid simile acciderit », vedi quanto si dirà, in seguito, a proposito di altre generalizzazioni dello stesso stampo.



c. 28 C. 4-65 (a. 294):

« In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam non etiam casum [cui resisti non potest] venire constat ».

¹⁾ L'*incursus hostium* figura, nelle nostre fonti, tra i casi semplici accanto all'*incendium*. Cfr. p. 162, n. 1 e fr. 30 pr. D. 35-2. Riguardo alla devastazione dovuta alle cornacchie si può, per lo meno, dubitare che si tratti di danno in astratto inevitabile. La *vis fluminis* non è senz'altro, come s'è già detto, caso di forza maggiore assoluta.

Niuno vorrà dubitare del rapporto di dipendenza in cui sta l'alterazione di questo testo con quella del fr. 15 § 2 D. 19-2. Il nuovo principio è introdotto colle stesse parole ed alla stessa maniera. Se si ammette che sia insiticio l'inciso « cui resisti non potest », anche la genuinità della parola custodia (*culpam scr.?*) diventa problematica. Pur prescindendo dalla considerazione che la responsabilità pel *casus minor* costituisce l'oggetto della custodia in senso tecnico, insolito e sospetto riesce l'accoppiamento di *dolus* e *custodia*. Nelle fonti, in cui il termine *custodia* si trova usato per indicare la custodia nel senso comune, non viene mai omesso il membro intermedio della enumerazione che è rappresentato dalla *culpa*.

Dolus, culpa et custodia è elenco più completo che non può essere sostituito da *dolus et custodia* (non insisto sul significato della comune *custodia* per non ripetere cose già note; cfr. Ferrini, *Pandette*, p. 581 e n. 4). — L'omissione della *culpa* è invece possibile e spiegabile, se la custodia importa aggravamento della normale responsabilità per colpa. Allora si comprende chiaramente che l'obbligo sia implicitamente tenuto alla *diligentia diligentis*¹⁾.

Damnum fatale.

fr. 52 § 3 D. 17-2 Ulpianus, 31 *ad edictum*:

« Damna quae imprudentibus accidunt [, hoc est damna fatalia,] socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui, aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata ».

Il *damnum fatale* non è pel Ferrini (scritto cit. in *Archiv. giur.*, vol. 53, pp. 275 e 284) *casus maior*, nè *vis maior*. Egli crede che *damnum fatale* sia espressione equivalente a caso (semplice), a quel caso cioè che non è prevedibile da chi usi l'ordinaria diligenza.

¹⁾ Per tal riguardo, ed in questo punto, mi pare convincente la dimostrazione del BRUCKNER (op. cit., p. 149), il quale però ritiene il testo non alterato.

Difatti nel trascritto fr. 52 § 3 si fa l'esempio del *pecus* che perisce in un incendio: ora - osserva giustamente il nostro romanista - questo caso non appartiene necessariamente alla *vis maior*. Un tale ragionamento sarebbe al certo convincente, se non si avesse motivo di dubitare della genuinità di « hoc est damna fatalia », e se su buoni argomenti non si fondasse l'equazione *damnum fatale* = *vis maior* ¹⁾. In effetti se *incendium* e *latrocinium*, citati come esempi di *damnum fatale*, non si sopportano dal socio, mentre su costui grava il *furtum*, che nelle fonti si ascrive a *casus*, è segno che una diversità deve esserci tra i primi avvenimenti ed il secondo. E, se incendio e latrocinio non possono attribuirsi alla stessa categoria cui appartiene il *furtum*, la ricordata equazione non pare dubbia. Noi non conosciamo altra distinzione in ordine alla responsabilità per eventi casuali. Il Ferrini ha obiettato che il socio risponde della *subreptio*, perchè si può ammettere appena un caso di furto senza negligenza del socio. Egli però dovrebbe innanzi tutto mettersi d'accordo colle fonti in cui il *furtum* è considerato come *casus*. Inoltre è proprio vero che il *furtum* sia paradigma della perdita colposa? ²⁾

Ed anche ammesso che vi possa essere un *furtum* riguardo al quale il socio versi in colpa, bisogna considerare che il testo tratta della *incondizionata* responsabilità per furto del socio ³⁾.

Il *damnum fatale* adunque del nostro testo equivale a *casus maior*, a forza maggiore assoluta. Ma l'illustrazione « hoc est damna fatalia » è genuina? Io non esiterei a giudicarla spuria.

¹⁾ L'equazione *damnum fatale* = *vis maior* è generalmente ammessa. Vedi, ad es., BARON, *Pandekten*, § 238; ENGELMANN, scritto cit. pp. 161-62; BONFANTE, *Istituzioni*, 4^a, p. 381.

²⁾ Secondo il FERRINI (op. cit. p. 295), il *furtum* è paradigma della perdita colposa, appena potendosi ammettere un caso di furto senza negligenza del socio, come il *latrocinium* è paradigma del *damnum fatale*, essendo difficilmente ammissibile che la perdita sia ascrivibile a *culpa*. L'esegesi del Ferrini in questo punto non pare accettabile. Egli stesso dice - v. p. 283 - che se si tratta di cose che anche l'uomo diligente lascia all'aperto senza sorveglianza non sorge responsabilità pel furto. Il socio (è l'identico esempio che egli ipotizza pel commodatario) non risponderà quindi delle capre, che in montagna ha (secondo la consuetudine) lasciate errare sole pei balzi. Si pensi pure al caso di un ladro di singolare abilità e scaltrezza, che sorprenda anche il pastore prudente e vigilante.

³⁾ Vedi BRUCKNER, op. cit. p. 133, il quale giustamente rileva che il fr. 52 fornisce la miglior prova per la esistenza di una incondizionata responsabilità pel furto.

La forma (*hoc est*) è ben sospetta. Non debbo ricordare che nelle Pandette numerose esplicazioni con *id est*, *hoc est*, sono dovute ai compilatori giustinianeî. L'espressione: « *damna quae imprudentibus accidunt hoc est damna fatalia* » riesce disadatta, perchè si conviene ad ogni caso, non soltanto alla forza maggiore. Con questa locuzione, se *damnum fatale* è quello che accade a coloro che non hanno preveduto¹⁾ l'evento, niente si dice di diverso che coll'altra: caso²⁾. Se poi tra gli esempi di *damnum f.* appare l'*incendium*, che pei Romani - torno a ripeterlo - non poteva essere compreso nella categoria del *casus maior*, ciò prova che Ulpiano parlasse semplicemente dei *damna quae imprudentibus accidunt*, cioè del caso semplice. Il che è dimostrato dal § 4, immediatamente seguente, in cui Ulpiano continua la discussione sulla responsabilità del socio e considera il *latrocinium* ed il *naufragium* come *casi* senza intensità speciale. « ... ita *damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit* ». Come si vede di responsabilità per casi minori non solo non si fa parola, ma essa resta affatto esclusa.

L'alterazione del testo in esame non si limita all'interpolazione di « *hoc est damna fatalia* » fatta per estendere la responsabilità del socio. Assai verosimilmente appartiene anche ai compilatori la restrizione, abbastanza inutile, « *si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui, aestimatum pecus acceperit* ». Si capisce perfettamente che l'irresponsabilità cessa se interviene il dolo o la colpa dell'obbligato. Allora non può parlarsi di *caso*. Gravemente sospetto è anche il periodo: « *quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debet, qui aestimatum accepit* ». Il *furtum*, che nelle fonti appare come *casus*, non si poteva da Ulpiano, il quale dichiara l'irresponsabilità pel *latrocinium* e per l'*incendium*, addossare al socio. Si comprende invece perchè facciano ciò i compilatori. Per essi *latrocinium* e *incendium* sono eventi irresistibili, inevitabili. Non così il *furtum*. Il socio mediante *speciale* accorgimento, mediante *particolare* sorveglianza, avrebbe potuto impedire la *subreptio*.

¹⁾ I *damna quae imprudentibus accidunt* sono quelli arrecati dagli eventi non preveduti. Cfr. FERRINI, op. cit. in « Archivio giuridico », vol. 53, p. 275; GOLDSCHMIDT, *Das receptum nautarum*, p. 89.

²⁾ Cfr. GOLDSCHMIDT, op. cit. p. 89; BARON, op. cit. p. 288 n. 142, vol. 78 dell'« Archiv. f. d. civ. Praxis ».

Questo nuovo principio è dai bizantini giustificato nel seguente modo: « quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit ». L'*aestimatum accepit* ben può essere una perifrasi per indicare colui che ricevette il gregge, ed allora non si sarebbe obbligati ad ammettere che l'aumento della responsabilità sia operato dall'*aestimatio*¹⁾ Certamente però la *custodia* di cui qui è fatta menzione non è la *custodia* dei testi genuini; il suo contenuto è diverso²⁾. Essa per vero deve imporre una diligenza superiore alla normale, se il *furtum*, che pei classici è evento casuale, non libera più il debitore.

Da ultimo devesi avvertire, a proposito della chiusa: « haec vera sunt » ecc., che vien fuori un *pascenda data sunt* il quale non s'accorda più col *pecus* di cui prima si discorre. Le modificazioni subite da questo testo sono tali che non è possibile tentare una ricostruzione dell'intero dettato originario. Con verosimiglianza il solo principio si può restituire alla primitiva forma: « Damna quae imprudentibus accidunt socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est ».



fr. 2 § 1 D. 18-6 Gaius, 2 *cotidianarum rerum* :

« Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto [eam] diligentiam venditorem exhibere debere, [ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum] ».

Il periodo finale di questo testo ci reca implicitamente la distinzione tra casi maggiori e minori. Di fatti, come chiaramente si rileva dall'*eam diligentiam... ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum*, alla mente del giurista dovrebbero essere presenti due specie di diligenza, una (quella comune, ordinaria) che se impiegata libera affatto il debitore esonerandolo da ogni responsabilità, l'altra che impone l'obbligo di particolare accorgimento, mediante il quale i casi non irresistibili, ossia minori, possono essere evitati, obbligo che si

¹⁾ Vedi FORMIGGINI, *La stima nella conclusione dei contratti*, p. 54. Cfr. pure FERRINI, op. cit. in « Archivio giur. », p. 295.

²⁾ Il BARON, op. cit. in « Archiv. für d. civ. Praxis », vol. 78, pp. 275-276, vede giustamente nel caso cui si riferisce il fr. 52 un'applicazione della custodia in senso tecnico.

arresta soltanto di fronte alla *vis magna*, al *damnum fatale*¹⁾. Questa *vis magna*, questo *damnum fatale*, non possono qui identificarsi colla *vis maior* (dei testi classici) o col *casus*, ma sono equivalenti a *casus maior*. Per vero se la *diligentia* cui si ha riguardo nel nostro fr. deve essere diversa da un'altra e quest'altra, che noi conosciamo si ferma innanzi al *casus*, alla *vis maior* (= *casus*) di cui il debitore non risponde, è evidente che il *damnum fatale* o la *vis magna*, limite di quella, non può essere la stessa cosa che il caso o la *vis maior* dei testi genuini²⁾.

Assodato ciò, possiamo, riportandoci all'ampia esegesi fatta dal Lusignani (scritto citato II, p. 82 sgg.), esegesi che in gran parte è da accettare, ritenere che le parole « ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum » non appartengono a Gaio. Argomento inoppugnabile per ciò, messo innanzi già dal Lusignani, è il seguente. Le fonti (v. fr. 35 § 7 D. 18-1; fr. 1 § 1 D. 18-6; fr. 5 eod.) pongono in evidenza il principio che sino al giorno della misura tutto il pericolo grava sul venditore. Soltanto dopo, perfezionato il contratto³⁾, esso pericolo passa al compratore. A Gaio dobbiamo il fr. 35 § 7 D. 18-1: « verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere ». Dunque non può attribuirsi a Gaio, nè ad altri giureconsulti romani, la norma contenuta nel fr. 2 § 1 (D. 18-6), in virtù della quale il caso fortuito tipico ed assoluto deve sopportarsi dal compratore prima ancora che si sia perfezionato il contratto. Si aggiunga che Gaio nel fr. 35 § 7 parla di *omne periculum*; ora questo non comprende soltanto la *vis magna* o il *damnum fatale*, ma abbraccia anche il rischio pei perimenti dovuti a quei casi che si sogliono dire minori.

Il testo, originario, gaiano molto probabilmente doveva essere

¹⁾ Vedi BARON, op. cit. in « Archiv. » cit. vol. 78, p. 237.

²⁾ Ciò non considerò il FERRINI, (op. cit. vol. 53 dell'« Archiv. giur. », p. 279 n. 1), pel quale nel fr. 35 § 1 D. 18-1 (« talis custodia desideranda est a venditore, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet, quam si praestiterit et tamen rem perdidit securus esse debet »), è detto ottimamente quanto si esige da chi è tenuto alla custodia per antonomasia; il che coinciderebbe perfettamente, secondo lui, colla formula adoperata nel nostro fr. 2, § 1.

³⁾ La vendita di una determinata quantità di cose ad un prezzo per unità di numero o di misura è considerata come condizionale; essa si perfeziona coll'effettiva *adnumeratio*, v. fr. 35 § 5 D. 18-1 e cfr. per tutti FERRINI, *Pandette*, p. 684 n. 1.

così concepito: « Custodiam autem ante admetiendi diem¹⁾ qualem praestare venditorem oporteat utrum plenam ut et diligentiam praestet an vero dolum dumtaxat videamus: et puto et diligentiam venditorem exhibere debere ».

Il giurista cioè ricerca quale custodia *ante admetiendi diem* sia imposta al venditore, se cioè costui sia tenuto a prestare la *plena custodia* vale a dire la *diligens custodia*, ovvero debba soltanto astenersi dalle omissioni dolose. Al qual quesito risponde che la custodia da prestarsi è quella che si misura alla stregua della diligenza del buon padre di famiglia.

Riguardo al movente dell'alterazione non si può negare che abbia influito la menzione della *custodia*, menzione che si trovava nel testo originario. Nel nuovo diritto però *custodia* ha significato ben diverso. Essa si risolve in un aumento della normale responsabilità. Ma qui l'applicazione della custodia in senso tecnico non ha lo stesso effetto, in quanto che, essendo il venditore tenuto, in dir. classico, per ogni caso, coll'introduzione del nuovo principio la posizione di lui è avvantaggiata. Egli non risponde più per certi casi, i così detti casi fortuiti assoluti.



fr. 5 § 4 D. 13-6 Ulpianus, 28 *ad edictum*:

« Quod vero senectute contingit vel morbo, vel vi latronum ereptum est [aut quid simile accidit] dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit [nisi aliqua culpa interveniat]. proinde et si incendio vel ruina aliquid contingit [vel aliquid damnum fatale] non tenebitur, nisi forte cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit ».

¹⁾ Non credo probabile che Gaio nel fr. esaminato si riferisse alla compra-vendita ordinaria. Ritene invece ciò il Lusignani, pel quale sono insitiche anche le parole « ante admetiendi diem ». La ragione addotta (Gaio cioè doveva e poteva considerare la responsabilità per custodia nella *emptio venditio* soltanto in confronto della compra-vendita pura) non sembra inconfutabile. Si veda il fr. 1 § 1 D. 18-6. In ogni caso, anche ammesso un tale riferimento, l'interpolazione del fr. gaiano è sempre evidente. Nella compra-vendita ordinaria domina il principio che il rischio della cosa comprata è a carico del compratore sin dal momento della conclusione del contratto. Ora quanto si afferma nel fr. di Gaio contrasta con tale regola. Difatti il venditore, *perfecta emptio*, continuerebbe a sopportare una rilevante parte del pericolo, essendo a lui addossati tutti i così detti *casus minores*. Cfr. anche LUSIGNANI, scritto cit. p. 95.

Ulpiano nel § precedente tratta della *culpa* cui è tenuto il comodatario, qui, in opposizione alla responsabilità per colpa, del caso. Col *vel aliquid damnum fatale* si limita la liberazione del debitore; essa si restringe ai soli casi irresistibili (tale è il significato di *damnum fatale*, come abbiamo veduto. Cfr. anche gli interpolati fr. 1 § 4 D. 44-7; 18 D. 13-6; I. III-14 § 2). Ma questo inciso ha tutta l'aria di un emblema triboniano. Sospetta di per sè è la generalizzazione (il sospetto si può estendere anche all'« aut quid simile accidit »¹⁾) E scontorta si mostra la costruzione. Ulpiano non poteva, certamente, dire « vel aliquid damnum fatale », e gli è perciò che il Mommsen propone di leggere « vel aliud damnum fatale. Gli esempi addotti non sono di caso irresistibile, inevitabile (: *incendium* e *ruina* - proprio quelli per cui è da escludere affatto la inevitabilità in astratto !)

Ai compilatori io attribuirei pure il « nisi aliqua culpa interveniat », che anche al Ferrini (cit. vol. 53 dell'*Archivio*, p. 265, n. 1) pare un emblema. È fuori di dubbio che queste parole siano spurie. La contraddizione che esse manifestano (il caso esclude la colpa) non si può imputare ad Ulpiano. Ma questa contraddizione non è più tale pei commissari di Giustiniano che sembra introducano nel campo del caso il concetto di *culpa*, in base alla quale probabilmente distinguono casi imputabili e non imputabili (= maggiori, inevitabili).



fr. 3 § 1 D. 4-9 Ulpianus, 14 *ad edictum*:

« ... at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perierit vel damnum datum est [, nisi si quid damno fatali contingit.] inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim

¹⁾ *Aut quid simile accidit; similive casu; vel alio simili casu; aut quolibet alio casu*. Tali generalizzazioni ricorrono nei nostri testi con una certa frequenza. V. fr. 5 § 4 D. 13-6, 14 pr. D. 49-16, 6 § 9 D. 2-13, 6 § 1 in fine D. 28-1 = I. II-12, § 3. Che siano tutte genuine non si può affermare. Ve ne ha di quelle che si fanno attribuire ai compilatori giustiniani. Così:

fr. 38 § 1 D. 4-6 Ulpianus, 6 *ad legem Iuliam et Papiam*:

« Plane si infirmitate impeditus continuare iter non potuit, habebitur ratio humanitatis, sicuti haberi solet et hiemis et navigationis [et ceterorum quae casu contingunt]. Qui il sospetto si può fondare sulla forma: *et ceteri*.

fr. 11 D. 18-6 in libro septimo *Digestorum Iuliani Scaevola* notat:

« Fundi nomine emptor agere non potest, cum, priusquam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate [aliove quo casu] pars fundi interierit ». Dif-

piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dare. [idem erit dicendum et si in stabulo aut caupona vis maior contigerit.]»

Il Goldschmidt ¹⁾ intende il *damnum fatale* (ed anche la *vis maior*) di questo testo per *casus* (semplice). Il recipiente sarebbe tenuto pei furti e danneggiamenti dovuti ai suoi dipendenti o ai *viatores*, *vectores*, non per eventi a lui non imputabili. Una tale interpretazione però urta contro il temperamento propugnato da Labeone. Se questo giureconsulto in via equitativa vuole limitata la responsabilità in alcuni determinati *casus*, è segno che la responsabilità per caso in genere non doveva essere esclusa ²⁾.

Non è quindi sostenibile la pretesa identificazione tra *damnum fatale* e *casus* (semplice). Il vero significato dell'espressione, che può dirsi omai tecnica, ci è invece noto attraverso l'esegesi dei precedenti frammenti.

Anche pel Ferrini ³⁾ l'inciso « nisi si quid damno fatali contingit » è spurio. Egli però non sa se trattisi di un malaccorto glossema, ovvero di un emblema. Ma la cosa non può essere dubbia per chi abbia constatate altre interpolazioni, fatte tutte secondo la stessa direzione, in cui è appunto menzione di esso *damnum fatale*.

Quanto al nostro fr. 3 § 1 si noti, per la forma, la sospetta restrizione con *nisi*. La condotta del ragionamento è pure ben strana. « Si pone - l'osservazione non è sfuggita allo stesso Ferrini - come

facile, per lo meno, riesce di trovare un'altra causa per la quale una parte del fondo possa scomparire.

fr. 5 § 4 (in fine) D. 12, 4 Ulpianus, 2 *disputattonum*:

«... enimvero si nihil eorum facturis, ipsi adhuc servum obisse: decederet enim et si non accepisset ut manumitteret: nisi forte profectio manumissionis gratia mortis causam praebuit, ut vel a latronibus sit interfectus, vel ruina in stabulo oppressus, vel vehiculo obtritus [vel alio quo modo, quo non periret nisi manumissionis causa proficisceretur].

Almeno le ultime parole chiuse tra parentesi sembrano interpolazioni. L'aggiunta *vel... quo non pertret, nisi manumissionis causa proficisceretur* è perfettamente inutile, ed il ragionamento non corre più. Il Mommsen difatti propone di inserire *perierit* dopo *vel alio quo modo*.

¹⁾ GOLDSCHMIDT, *Das receptum nautarum*, in « Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht », vol. III, p. 95.

²⁾ Cfr. PERNICE, *Labeo II*¹, p. 349 n. 13.

³⁾ V. cit. vol. 53 dell'*Archivio giur.*, p. 276. Il Ferrini però non ha visto che il *damnum fatale* del fr. 3 § 1 di cui parlano i compilatori è appunto il danno in astratto inevitabile, quel danno cioè che non si sarebbe potuto evitare anche mediante l'applicazione di straordinaria diligenza.

principio incontroverso che il *nauta* non risponde del *damnum fatale*, quindi se ne deduce sull'autorità di Labeone non essere iniquo dare al *nauta* eccezione in caso di naufragio o di assalto dei corsari! È invece naturale, che il giurista dopo di aver detto che il *nauta* risponde anco pel perimento e pel danno non ascrivibile a sua colpa, aggiungesse: *Labeo tamen* ecc., temperando così il rigore del principio enunciato. Ma il principio doveva esporsi in tutto il suo rigore, trattandosi di spiegare le parole edittali *nisi restituent in eos iudicium dabo*. Nel testo genuino non si leggeva adunque: «nisi si quid damno fatali contingit» Sono i commissari di Giustiniano, che, avendo stabilita l'irresponsabilità, in altre applicazioni, per la *vis*, pel *casus cui resisti non potest*, aggiungono: *a meno che non si sia verificato un caso irresistibile*.

Il *naufragium* e la *vis piratarum* non sono due casi di forza maggiore assoluta, come a torto pensa il Baron¹⁾, ma due speciali casi (semplici)²⁾ pei quali la quotidiana pratica della vita doveva considerare iniqua la rigorosa responsabilità incombenente al *nauta*. E che siano casi speciali, specialmente determinati, quelli cui si riferisce la dichiarazione di Labeone, riportata da Ulpiano, è cosa di cui nessuno dubita³⁾. Ma appunto perciò reca sorpresa la chiusa del fr.: «idem erit dicendum et si in stabulo aut caupona vis maior contigerit». Non sono più eventi singoli, singolarmente specificati, pei quali non si risponde, ma ogni avvenimento che rientri nel concetto di *vis maior* assicura già l'irresponsabilità. Questo mutamento profondo ci sarebbe presentato da Ulpiano, il quale pare che segua Labeone - almeno tutto ce lo fa pensare -, nella maniera più semplice che si possa immaginare, senza nemmeno una parola che ci avverta della sostanziale differenza del nuovo principio! A ciò è da aggiungere che in tutto il § 1 il *nisi restituent in eos iudicium dabo* viene da Ulpiano commentato con riferimento ai soli *nautae*. Non mi sembra quindi temerario il sospetto che il periodo finale sia opera dei compilatori. Costoro, cui appartiene l'inciso «nisi si quid damno fatali...» che inserirono rispetto alla responsabilità dei capitani di

¹⁾ BARON, cit. «Archiv.», vol. 78, p. 244.

²⁾ Vedi fr. 6 § 9 D. 2-13; 30 D. 35-2; Paul. Sent. II, 4, 2. In questi testi il *naufragium* e la *vis piratarum* sono presentati come casi semplici.

³⁾ Vedi lo stesso BARON, op. e loc. cit.; KARLOWA, *Röm. Rechtsg.* II, p. 830.

naviglio, ben possono aver sentito il bisogno di ripetere il nuovo limite a proposito dei padroni di albergo e di rimessa. E se mi si richiedesse la prova dell'equivalenza, per questo testo, tra *damnum fatale* e *vis maior*, io potrei citare l'interp. fr. 2 § 1 D. 18-6 che ha: « fatale damnum vel vis magna ».

Casus fortuitus.

All'esame dei singoli frammenti in cui torna l'espressione *casus fortuitus* stimo utile ed opportuno premettere una caratteristica costituzione del Codice.

c. 4 C. 6-25 (a. 224) Imp. Alexander A. Aemilio:

« Si pater filium quem in potestate habebat sub condicione, quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit nec in defectum eius exheredavit, iure testatus non videtur. I. Cum autem trans mare et longe te agentem sub hac condicione heredem scriptum esse dicas, si in patriam, quae in provincia Mauritaniae erat, regressus fuisses, nec exheredatum te adleges, si in eum locum non redisses, manifestum est multis casibus [non voluntariis sed fortuitis] evenire potuisse, ut eam implere non posses: et ideo adire non prohiberis hereditatem ».

Il *casus voluntarius*, in opposizione a *fortuitus*, che si ricava da questa costituzione, è addirittura sorprendente e tale da sconvolgere ogni salda idea, in materia di avvenimenti casuali, nella mente di chi reputi il testo genuino. Io dissi già perchè questa strana figura non può appartenere al diritto classico di Roma. Per ammettere ciò bisognerebbe ignorare l'antitesi tra *casus* e *voluntas* presentatoci con costanza dalle fonti e su cui poggia essenzialmente il concetto stesso di caso (caso = non volontà). Ora, dopo aver rilevato che la distinzione tra il *casus maior* e il così detto *casus minor* sembra opera dei compilatori, mi pare assai verosimile che la concezione di un caso volontario derivi dagli stessi giustinianeî ai quali attribuisco le parole « non voluntariis sed fortuitis ». E se, in genere, è possibile che essi con *casus voluntarius* abbiano voluto designare il c. d. *casus culpa determinatus*, pure di loro creazione, tuttavia non è forse da escludere che abbiano inteso di riferirsi al *casus minor*.

Questo chiamerebbero volontario, non potendosi più dire indipendente dalla volontà dell'obbligato quell'evento che si sarebbe potuto evitare mediante *exacta* o *exactissima diligentia*. *Fortuitus* invece, in contrapposizione a *voluntarius*, sarebbe il *casus maior*, il *casus cui resisti non potest*.



C. 1 C. 4-34 (a. 232):

« Si incursu latronum [vel alio fortuito casu] ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad heredem eius qui depositum accepit, qui dolum solum [et latam culpam si non aliud specialiter convenit] praestare debuit, non pertinet. quod si praetextu latrocinii commissi [vel alterius fortuiti casus] res, quae in potestate heredis sunt [vel quas dolo desiit possidere,] non restituntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed etiam in rem vindicatio competit ».

Collatio X, 8, 1:

« Incursu latronum ornamenta deposita apud interfectum ab eis perierunt: detrimentum ad heredes eius qui depositum accepit, qui dolum tantum praestare debuit, non pertinet. quod si praetextu latrocinii commissi res, quae in potestate heredis sunt, non restituntur, tam depositi quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit ».

Il confronto di questi due testi, che ci conservano l'identica costituzione, è per la nostra ricerca di considerevole importanza. Innanzi tutto da esso chiaramente emerge che le parole « vel alio fortuito casu », « vel alterius fortuiti casus » furono inserite dai compilatori giustinianeî. E se, per ciò che riguarda la portata di questa interpolazione, non si può affermare che i commissari di Giustiniano abbiano con quegli incisi inteso di limitare, come altrove fanno, la liberazione del debitore al solo caso maggiore, irresistibile (dalla c. non risulta che il depositario si fosse volontariamente assunta una responsabilità più larga della normale), pure la constatata alterazione non è per noi senza valore. Si rammenti che il *latrocinium* viene assegnato dai compilatori alla categoria del *casus maior*, del *casus cui resisti non potest*. — Vedi gli interpolati frammenti: 5 § 4 D. 13-6; 52 § 3 D. 17-2; 18 D. 13-6; 1 § 4 D. 44-7. Confr. pure,

poichè *incursus latronum*, *incursus hostium*, *vis piratarum* sono da porre, come eventi tutti irresistibili, sulla stessa linea (fr. 18 D. 13-6), per la *vis piratarum* gli interpolati fr. 3 § 1 D. 4-9, fr. 18 D. 13-6 e per l'*incursus hostium*: fr. 15 § 2 D. 19-2 interp., fr. 18 D. 13-6 interp., fr. 1 § 4 D. 44-7 interp. — La generalizzazione « vel alio fortuito casu », che torna due volte accanto alla menzione dell'*incursus latronum* è forse l'effetto di tali ricordi?

Comunque sia l'equazione *casus fortuitus* = *casus maior* apparirà evidente da quanto dirò subito a proposito di un testo delle Istituzioni giustinianee.



I. III-14 § 2:

«... et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet *fortuito* casu quod acceperit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis ».

fr. 1 § 4 D. 44-7. Gaius, 2 *au-
reorum*:

« Et ille quidem qui mutuum accepit si quolibet casu quod acceperit amiserit, nihilominus obligatus permanet
.

Che il principio del § 2 delle Istituzioni giustinianee sia stato tratto dalle *Res cottidianae* di Gaio (il punto relativo ci è stato conservato, in parte, nel fr. 1 § 4 D. 44-7) è cosa più che evidente¹. Altrettanto evidente è che il *fortuito*, il quale manca nel testo dei Digesti, venne inserito dai compilatori giustinianeî tra *quolibet* e *casu*. Ed a me pare che l'aggiunta sia stata fatta a ragion veduta. Rammento al lettore che l'*incendium*, la *ruina*, il *naufragium*, l'*incursus latronum hostiumve*, esempi di *fortuitus casus* addotti nel testo delle Istituzioni, sono tutti, pei commissari di Giustiniano, eventi irresistibili, casi maggiori; confr. le interpolazioni sin qui rilevate. Aggiungo che poco dopo (nello stesso § 2 I. III-14) i compilatori, parlando esplicitamente di *vis maior vel maior casus*²), citano l'*incursus hostium praedonumve*, il *naufragium*, cioè i medesimi avvenimenti prima presentati come *fortuiti casus*. A tal proposito è preziosa una dichiarazione di Teofilo (*Parafrasi*, ediz. Reitz, pp. 619-20, vol. 2°), il quale traduce così *vis maior vel maior casus*: *εἰ δὲ μέγιστοι βία, τούτεστι τυχηρά* (l'illustrazione *τούτεστι τυχηρά* manca nell'ediz. del Ferrini, senza che per altro si possa rilevare la ragione della diversa lezione). Vale a dire: «Quod si maiore vi, id est casu fortuito...» Come è chiaro, per l'*antecessor constantinopolitanus*, *vis maior*, *casus maior*, e *fortuitus casus* sono la stessa cosa. (Confr. come egli rende il *si quolibet fortuito casu*: *εἰ καὶ οἰαδήποτε τυχηρά*). Aveva quindi piena ragione il Baron³) di affermare, sulla base del cit. § 2, che *casus fortuitus* equivale a *casus maior*.⁴)

Il compilatore, nella cui intenzione il *fortuito* non ha l'effetto di

¹) Anche il FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in «Bull. dell'Istit. di dir. rom.», vol. 13, p. 173, indica come fonte le *Res cottidianae* di Gaio.

²) Cfr. quanto s'è detto a proposito del *casus maior*. Le interpolazioni dei testi delle Pandette dimostrano come per la forma e la sostanza tutto il § 2, meno il principio, sia fattura dei commissari giustinianeî.

³) BARON, scritto citato, in «Archiv. f. d. civ. Praxis», vol. 78, p. 239 n. 116.

⁴) Pel FERRINI (op. cit. «Archivio giur.», vol. 53, pp. 275, 276, 277), invece *casus fortuitus* non equivale a *casus maior*. Se egli cita la c. 4 C. 5-38 e dice che per *fortuiti casus* non si possono intendere in genere che gli eventi non prevedibili, bisogna riconoscere che forza il testo il quale ha... «adversus quos caveri non potuit». Anche se fossero stati preveduti non si sarebbero potuti evitare. Non si tratta in genere di eventi non prevedibili, ma di casi irresistibili. E ciò a parte ogni sospetto di alterazione del testo. Alterazione che è pure probabile riguardo anche alla c. 6 C. 4-24, come diremo in seguito.

estendere o di limitare l'originaria responsabilità del mutuatario che è mantenuta nella sua assolutezza, a quella gaiana tra mutuo e commodato (venuta in parte meno per l'introduzione nello stesso testo dell'obbligo della custodia in senso tecnico) *intende* forse di sostituire un'antitesi logicamente altrettanto acuta. Secondo Gaio qualsiasi caso, fosse questo un evento naturale (*incendium, ruina, naufragium*) o altro avvenimento ad esso assimilato (*latronum hostiumve incursus*), obbligava il mutuatario; non era così pel commodatario cui non spettava ogni perimento casuale. Omai invece il commodatario è tenuto pei così detti casi minori ed è liberato soltanto dal *casus maior*. Dunque non sarebbe stato più vero che egli, a differenza del mutuatario, non risponde del caso. Detto compilatore probabilmente pensa di rimediare a ciò parlando di caso fortuito nei riguardi del mutuatario. Questi è sempre responsabile *anche se* il caso è irresistibile; il quale caso maggiore, per lo contrario, libera il commodatario.

I. III-14 § 4:

« Creditor qui pignus accepit re obligatur, qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur actione pigneraticia. sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet, quam si praestiterit et aliquo *fortuito* casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere ».

Anche questo § 4 è attribuito dal Ferrini (op. cit. in cit. *Bull. dell'Ist. di dir. rom.* p. 174) alle *Res cottidianae*. Intanto il principio corrisponde (meno le parole *actione pigneraticia* che non sono perciò genuine) al fr. 1 § 6 D. 44-7 Gaius, 2 aureorum, e pel rimanente del testo la derivazione dalle *Res cottidianae* poggia su buone ragioni (Vedi Ferrini). Nè vanno trascurati i criterî formali; gaiano è, ad es., il *securum esse*¹⁾. Sappiamo però *con certezza* che Gaio in questa parte delle sue *Res cottidianae* parlava soltanto di *quolibet casu* (osserva l'espressione similare del presente testo: *aliquo casu*); e se così è chi crederà inverosimile che i compilatori abbiano tra

¹⁾ V. ELVERS, *Promptuarium gatanum*, voc. *securus*. Cfr. anche, ad es., fr. 1 §§ 4 e 5 D. 44-7 (II Aureorum).

aliquo e casu inserito «*fortuito*»?¹⁾. Poco prima (nel § 2) essi non avevano interpolato il *fortuito*? Ed il sospetto non va limitato ai soli testi *gaiani*.

Le ragioni di dubbio, riguardo alla genuinità del *fortuitus casus*, che si traggono dal confronto della c. 1 C. 4-24 colla stessa c. presentataci dalla *Collatio* (X, 8, 1), e del § 2 I. III-14 col fr 1 § 4 D. 41-7, sono tanto forti che anche il più cauto interprete non potrebbe, a mio avviso, non considerare con diffidenza quei testi in cui torna il ricordato *casus fortuitus*²⁾.

¹⁾ Se si ammette l'interpolazione di *fortuito*, l'intenzione dei compilatori non può essere dubbia. Essi vogliono riguardo al creditore pignoratizio limitare la responsabilità a soli casi minori, o, per dir meglio, essi intendono estendere la responsabilità sino a comprendere in essa i casi minori, ma non i casi fortuiti ossia i maggiori. Cfr. BARON, op. cit. in citato «Archiv. f. d. civ. Praxis», vol. 78, pp. 268, 269.

²⁾ Indico qui subito, per la connessione in cui sta col § 4 I. III-14, la c. 6 C. 4-24 (dell'anno 225): «*Quae [fortuitis] casibus accidunt, cum praevideri non potuerant, in quibus etiam adgressura latronum est nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi causa interierunt, praestare non compellitur nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignorum liberet debitorem*».

L'imperatore, decidendo una quistione speciale (*pignora adgressura latronum interierunt*) invoca il principio generale: «*Quae... casibus accidunt, cum praevideri non potuerant... nullo bonae fidei iudicio praestantur*». Cfr. fr. 23 in fine D. 50-17 (Ulp. 29, ad Sabinum).

Ora bisogna considerare:

I. che l'*adgressura latronum* (semplice evento casuale pei classici) è pei giustinianeî esempio di caso maggiore, irresistibile;

II. che i compilatori designano anche come *casus fortuitus* l'*incursus latronum* (v. c. 1 C. 4-34; § 2 I. III-14);

III. che essi, assai probabilmente, stabiliscono la norma (nel § 4 I. III-14) secondo la quale il creditore pignoratizio è soltanto liberato se la perdita della cosa si deve a *casus fortuitus* (invece, *si aliquo casu rem amiserit, securus non est*);

IV. che al contrario, per diritto classico, non pare esistesse una responsabilità pei casi resistibili o così detti minori. Vedi c. 8 C. 4-24 (a. 246): «*si nulla culpa seu segnitia creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum eius minime pertinent...*». Cfr. anche c. 5 C. 4-24 (a. 224): «*Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdidit restituere id non cogitur...*».

A ciò si può aggiungere che, se è vera l'equazione *casus fortuitus* = *casus maior*, il «*cum praevideri non potuerant*» della costituzione farebbe ritenere spuria la parola «*fortuitis*» avanti a *casibus*. Per vero si tratta di ragione che si attaglia al concetto generico di caso e non a quello specifico di caso irresistibile.



fr. 1 § 35 D. 16-3 Ulpianus, 30 *ad edictum*:

« Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit. sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse, [ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos] ».

Questo testo di Ulpiano si riferisce all'assunzione, da parte del depositario, di una responsabilità più larga della normale (limitata nel dir. classico al solo dolo¹). E se può dubitarsi della genuinità delle parole « ut puta sic hoc nominatim convenit »²) classico pare invece il principio per cui essa responsabilità si fa più estesa quando il depositario siasi spontaneamente offerto. Allora - ci dice Ulpiano - « idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse ». Ciò che segue nel fr, sembra diretto a precisare i limiti di cotesta responsabilità che oltrepassa il dolo. Ma la forma adoperata è tale che giustamente venne attribuito ai compilatori il brano *ita tamen - casus fortuitos*³). L'*ita tamen*, in vero, dopo *periculo depositi illigasse*, lascia ragionevolmente attendere quello di cui non deve rispondere il depositario, ed invece è fatta l'enumerazione di ciò per cui costui è tenuto: *non solum dolum sed etiam culpam et custodiam*. Soltanto in fine si aggiunge *non tamen casus fortuitos* ripetendo insulsamente il *tamen* che è qui addirittura fuori luogo. Un'avversativa che non avversa alcunchè! Infatti poichè si precisa: *dolo, colpa e custodia*, non può nascere il dubbio che si sia responsabili per altro. In altri termini la formula non è generale e comprensiva come l'altra: *periculum praestare*.

¹) Vedi i miei *Studi sulla 'culpa lata'* (in « Bull. dell'Istit. di dir. rom. », anno XVII, fasc. I-III; anno XVIII, fasc. III-IV), ed ora anche DE RUGGIERO (Roberto), *Depositum vel commodatum*, nello stesso « Bullettino » (anno XIX, fascicoli I-VI, p. 67 n. 3).

²) Vedi DI MARZO, « Note critiche a proposito della l. 7 § 15 D. 2. 14 » estratto dal volume in onore del prof. Vincenzo Lilla), p. 6. A proposito del quale scritto cfr. le osservazioni del SEGRÈ, *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno* (negli « Studi in onore di Carlo Fadda », p. 20 n. I dell'estr.).

³) Vedi EISELE (nella « Zeitschrift der Savigny-Stiftung R. A. », vol. XVIII (1897), p. 21, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesten Interpolationen*).

L'alterazione dell'ultima parte del testo, chiusa tra parentesi, che può dirsi comunemente accettata¹⁾, contribuisce a rendere più evidente l'interpretazione proposta dal Baron²⁾, il quale è seguito dal Bruckner³⁾. Il Baron vede nel fr. la solita scala di responsabilità: *dolus, culpa, custodia, casus fortuiti* (= *vis maior*) e identifica perciò il termine *custodia* con custodia in senso tecnico (la quale abbraccia i *casus minores*), e *casus fortuitus* con *casus maior*. I compilatori quindi avrebbero, nell'ipotesi in cui la responsabilità del depositario si estendeva fino alla colpa, imposto, con la custodia in senso tecnico, l'obbligo di rispondere dei *c. d. casi minori*, ed escluso soltanto il *casus maior* (*cui humana infirmitas resistere non potest*). A tal proposito interessante riesce il confronto di questo fr. ulpiano con altri due passi, già esaminati, che vennero interpolati secondo la stessa direzione.

fr. 1 § 35 D. 16-3.	c. 28 C. 4-65.	fr. 17 § 4 D. 19-5.
« Idem Iulianus scribit periculo se depositi illigasse [ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos] ».	« In iudicio tam locati quam conducti dolum et [custodiam] non etiam casum [cui resisti non potest] venire constat ».	« Si cum vestimenta venderes rogavero ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi igni [aut alia maiore] periculum me minime praestaturum [, ex quo apparet utique custodiam ad me pertinere] ».

Si può quindi, con grande probabilità di essere nel vero, pensare che il *casus fortuitus* del fr. 1 § 35 appartenga ai commissari di Giustiniano, i quali con questa espressione vogliono anche qui indicare il caso maggiore, il caso irresistibile.



c. 4 C. 5-38 (a. 245).

« Tutoribus seu curatoribus [fortuitos] casus, [adversus quos caveri non potuit,] imputari non oportere saepe rescriptum est ».

¹⁾ Vedi DI MARZO, scritto cit.; DE RUGGIERO (Roberto), op. cit. p. 67 n. 2; SEGRÈ, op. cit. p. 31 n. 3.

²⁾ BARON, in cit. « Archiv. für d. civ. Praxis », vol. 78, p. 275.

³⁾ BRUCKNER, op. cit. p. 192 n. 2.

Comunemente il *casus fortuitus* di questa costituzione è inteso per caso maggiore¹⁾. Il Ferrini invece a torto, come dissi già, nega, anche sulla base di questo testo, l'equivalenza tra *fortuitus casus* e caso irresistibile. Egli infatti esclude un significato che il verbo *cavere* ha certamente (quello cioè di allontanare da qualcuno qualche cosa); significato che qui corre tosto alla mente trattandosi della responsabilità dei tutori riguardo al patrimonio pupillare. Nè so vedere come possa l'affermazione del Ferrini ricevere forza dalla c. 13 C. 4-35, da lui citata!

Ma la nostra costituzione genuina aveva *fortuitos casus adversus quos caveri non potuit*? Per buona fortuna non manca qualche indizio formale che segnali la mano del compilatore. Spuria si mostra la frase « *adversus quos caveri non potuit* » a causa dell'artificiosa costruzione che risulta [: « *Tutoribus seu curatoribus fortuitos casus adversus quos caveri non potuit..!* »] E, se sono i compilatori che aggiungono « *adversus quos caveri non potuit* », sappiamo già perchè ad essi si debba attribuire il *fortuitos* innanzi a *casus*.

Per ciò che riguarda la sostanza è da ricordare, che, secondo alcuni testi delle Pandette, spogli dalle riconosciute interpolazioni, il tutore è responsabile della comune diligenza del buon padre di famiglia. Pare quindi che *ogni* caso lo debba liberare. Questa conseguenza, che è lecito ricavare dai fr. 33 pr. D. 26-7, 1 pr. e 57 D. 27-3, è confermata dal fr. 50 D. 26-7: « *Si res pupillaris incursu latronum pereat vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, cum fuisset celeberrimus, solidum reddere non possit, nihil eo nomine tutor praestare cogitur* ».

In questo testo sono messi sulla stessa linea l'*incursus latronum* (caso semplice secondo frammenti non tocchi dai commissari giustiniani) e la perdita causata dall'insolvenza del banchiere cui una somma di denaro era stata mutuata²⁾. Chi vorrà seriamente sostenere che siffatta perdita rappresenti pel tutore un caso irresistibile, inevitabile? Un tale danno, che non potrebbe - torno a ripeterlo -

¹⁾ Tra gli antichi interpreti vedi CUIACIO, *Opera* (Venezia-Modena), vol. 9, col. 534 (cfr. anche vol. 2, col. 310); BRISSONIO, *De verborum quae ad ius pertinent significatione*, sotto la voce *casus*, col. 200 (lib. 3). Pei moderni: BARON, *Pandekten*, § 238.

²⁾ Cfr. BAS. lib. 37, tit. 7, XLIX.

essere considerato come detrimento dovuto ad evento non prevedibile affatto o non riparabile innanzi, non viene imputato al tutore, perchè costui non versa in colpa, *cum fuisset celeberrimus (sc. argentarius)*. Dunque si opera col comune concetto della ordinaria diligenza del buon padre di famiglia; e fino alla più tarda epoca della classica giurisprudenza (il testo è di Ermogeniano) non si conosce, in materia di rapporti patrimoniali tra tutore e pupillo, la distinzione tra casi maggiori e minori, se quello che dovrebbe essere un cospicuo esempio di caso maggiore (l'*incursus latronum*) viene presentato insieme ad un avvenimento casuale semplice, dirò, il quale libera egualmente il debitore

L'originario dettato della costituzione in esame doveva essere assai semplice: «Tutoribus¹⁾ casus imputari non oportere saepe rescriptum est».



Nei testi finora esaminati il *casus fortuitus* è - per alcuni tra essi la cosa è certa, per altri assai verosimile - dei compilatori giustiniani, i quali si servono di tale espressione per indicare il *casus maior*, quello cioè *cui humana infirmitas resistere non potest*. E questo risultato mi pare pienamente e chiaramente confermato da una costituzione latina di Giustiniano dell'anno 530 (c. 2 C. 8-21): «..... Et cum invenimus in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adiuvari, sed etiam si ab eo cadat, *sive culpa sua sive non sive fortuito casu*, humanius esse prospeximus et in praetorio pignore dare recuperationem creditoribus, quocumque modo possessionem amittat, *sive culpa sua sive non sive fortuito casu*. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patitur iacturam, tamen, ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius causam interpretamur et ei recuperationem donamus».

Con insistenza (la locuzione è ripetuta due volte) si dice: *sive culpa sua sive non sive fortuito casu*, e ben limpida appare la distinzione: *colpa* - *caso* (designato secondo la maniera classica) - *caso fortuito*. Il caso fortuito adunque è pensato da chi scrive in modo che

¹⁾ La ragione del sospetto che anche il *seu curatoribus* sia insiticio non ha bisogno di particolare illustrazione. Sono i compilatori giustiniani che usano apparire tutori e curatori. Cfr. ALIBRANDI, *Opere*, vol. I, p. 583 sgg.

tra gli ultimi due termini vi ha, per lo meno, separazione netta. Ora non sembra ciò logicamente spiegabile, se per *casus* non si intende quello di cui talora si risponde, il così detto *casus minor*, e con *casus fortuitus* non si denomini invece ogni avvenimento irresistibile pel quale mai si ha responsabilità nell'obbligato. E la scala di responsabilità è completa. La *recuperatio* si concede non solo se l'*amissio possessionis* avvenne per caso fortuito (assoluto), non solo quando il possesso si perdette per evento che si poteva impedire, ma anche quando ci fu colpa da parte del creditore pignoratizio.

(*Continua*).

ALFREDO DE MEDIO.

L'ECESSO DI MANDATO

E LE SCUOLE CLASSICHE DI GIURISPRUDENZA

(Contributo alla determinazione
dei rapporti tra il mandato e la gestione d'affari)

1. Si afferma comunemente che uno dei punti, nei quali ebbero a disputare le due scuole classiche di giurisprudenza, riguarda il mandato e precisamente il così detto eccesso di mandato¹⁾. Mentre i Sabiniani avrebbero ritenuto che, se il mandatario, compiendo l'opera promessa, oltrepassa i limiti dell'incarico ricevuto, l'actio mandati contraria, salvo ratifica, rimane esclusa in modo assoluto²⁾; i Proculiani, invece, avrebbero ammesso che l'azione occorre sempre, quante volte il mandatario ponga a carico proprio gli effetti economici dell'eccesso. Supponiamo: è dato incarico a Tizio di comprare un determinato fondo per 100 (o 100 mila) ed egli lo compra per 150 (o 150 mila)³⁾. Secondo i Sabiniani, il mandatario non può, mettendo a suo carico i 100 (o 100 mila) dati in più, valersi dell'actio mandati contraria; mentre si crede che, secondo i Proculiani, il mandatario potesse. Giustiniano poi avrebbe accolta l'opinione Proculiana; la

¹⁾ Cfr. p. es. GLÜCK, *Commentario* XVII, 1 § 954, particolarmente alla nota 89 (trad. ital. pag. 27); BERTOLINI, *Appunti*, pag. 843, n. 3.

²⁾ Ciò non ha importanza per l'actio directa (fr. 41 D. mandati 17. 1): è questione di vedere, se il mandatario è in colpa (GAIO, III, 161) e se il mandante ha dall'eccesso avuto un danno (fr. 8 § 6 D. mandati 17. 1).

³⁾ L'esempio, come vedremo, è testuale; ed è bene avvertire il rapporto delle cifre, rispettivamente contrapposte; le quali, piccole o grandi, differiscono di un terzo. Importa infatti escludere che il pagamento del di più fosse tacitamente compreso nel mandato, come potrebbe avvenire benissimo nel caso di una differenza minima. Se l'incaricato di comprare per 100 mila compra per 100 mila più uno, nessun mandante farà questione dell'esecuzione del mandato; salvo, s'intende, che il pagamento anche di una sola unità di più fosse espressamente escluso nel mandato.

quale, secondo il Riccobono ⁴⁾, era già riuscita vittoriosa prima di Giustiniano, al chiudersi del periodo classico: e, in generale, gli scrittori moderni ritengono, a quanto sembra ⁵⁾, che tuttocìò sia avvenuto a buona ragione. Per lo meno, è l'opinione Proculiana, che si vede affermata dai moderni ⁶⁾ nel diritto giustiniano. Qualcuno ⁷⁾ ha espresso l'avviso, che il dissenso delle due scuole si limitasse al caso di un'operazione indivisibile (compra di una cosa determinata per un prezzo più elevato di quello indicato dal mandante); e che per il caso di una operazione divisibile (mallevadoria fino ad una certa somma) vi fosse intesa sull'ammissibilità dell'actio mandati contraria. Vedremo in seguito ciò che vi ha di vero in questa idea. Intanto notiamo che nell'antica filosofia si agitò la quistione ⁸⁾ circa la convenienza di non eseguire un mandato nel modo indicato dal mandante, quando ciò potesse tornargli utile; ma essa non interessa la nostra e non merita considerazione per parte di un giurista. Ed ecco i passi, citati, di solito, dagli scrittori ⁹⁾, in rapporto al tema che ci siamo proposti:

Gaio III, 161: « Cum autem is cui recte mandaverim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest implere eum mandatum, si modo implere potuerit; at ille mecum agere non potest. Itaque si mandaverim tibi, ut

⁴⁾ Bull. dell'Ist. di D. R. VII, pag. 233.

⁵⁾ Cfr. p. es.: VAN WETTER, *Obligations* III, pag. 13 (« Ce motif n'était pas concluant »); BERTOLINI, *Appunti*, pag. 852 (« prevalse questa seconda opinione, certo più equa e ragionevole »). — Per gli antichi, cfr. p. es.: DONELLO, l. c. alla nota 17 § 3: VINNIO, *Comm. in Inst.* III, 27 § 8, n. 4 (« quae sententia merito recepta est »).

⁶⁾ Cfr. p. es.: DERNBURG, *Pand.* II § 116, nota 12; FERRINI, *Pand.* pag. 706.

⁷⁾ Cfr. BERTOLINI, *Appunti*, pag. 861, ove sono citati Accarias, Girard e Ferrini. Questi si limita a dire, che, ove si tratti di gestioni divisibili nel senso di cui nel testo, è più semplice ammettere l'opinione Proculiana. Parole, davvero, assai oscure! L'Accarias e il Girard esprimono l'avviso che nel fr. 33 D. mandati 17. 1 (relativo al caso di una fideiussione per una somma maggiore di quella indicata nel mandato) in tanto Giuliano desse l'actio mandati contraria, in quanto la gestione divisibile di cui ivi si tratta permette di affermare che il mandato fu eseguito; ossia, che non vi fu eccesso. Il caso allora sarebbe fuori di questione e per questo solo meriterebbe di essere rilevato e distinto; non già per dire che su di esso « la controversie fut très probablement moins vive ou moins longue que sur la précédente hypothèse » (Accarias).

⁸⁾ GELLIO, I, 13, cit. dallo SCHRADER, *Comm. in Inst.* III, 26. 8.

⁹⁾ Non appartengono qui i passi seguenti: fr. 13 § 10; fr. 22 § 1 D. mandati 17. 1 (cit. dallo SCHRADER, loc. cit. in v. *adeo* ... *benignior est*); c. 22 C. de *adjetus*. 8. 40 (cit. dal Glück, op. cit. pag. 29).

verbi gratia fundum mihi sestertiis $\overline{C}$ (*centum milibus*) emeris, tu sestertiis $\overline{CL}$ emeris, non habebis mecum mandati actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem; idque maxime Sabino et Cassio placuit. Quodsi minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut $\overline{C}$ milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si posset, emeretur »;

§ 8 Inst. mandati 3. 26¹⁰): « Is qui exequitur mandatum non debet excedere fines mandati. Ut ecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeris vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes neque in ampliorem pecuniam fideiubere, alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum: diversae scholae auctores recte usque ad centum aureos acturum existimant: quae sententia sane benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem, quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intellegitur, ut minoris, si posset, emeretur »;

fr. 3 pr. § 1-2 D. mandati 17. 1 (Paulus, lib. XXXII *ad edictum*): « Praeterea in causa mandati etiam illud vertitur, ut interim nec melior¹¹) causa mandantis fieri possit, interdum melior, deterior vero numquam. Et quidem si mandavi tibi, ut aliquam rem mihi emeris, nec de pretio quicquam statui tuque emisti, utrimque actio nascitur. Quod si pretium statui tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere: namque iniquum est non esse mihi cum illo actionem, si nolit, illi vero, si velit mecum esse »;

¹⁰) Come ha visto il FERRINI, *Bull. dell'Ist. di D. R.* XIII, pag. 183, il passo è attinto alle res cottidianae di Gaio: lo dimostrano vari indizi di lingua e in piccola parte il diretto confronto col fr. 4 D. mandati 17. 1. Il Ferrini ritiene anzi, che, salva la solita sostituzione degli aurei ai sesterzi e la omissione di Proculo nel ricordo dei diversae scholae auctores, il passo sia genuino; che in particolare non sia interpolata la parola *recte* (cfr. più innanzi § 2 nota 1) nè la frase *quae sententia sane benignior est*, la quale non suonerebbe approvazione (cfr. più innanzi § 2, nota 3).

¹¹) *Ne deterior* (MOMMSEN). Il FERRINI invece nell'ediz. milanese dei Digesti corregge così: « vertitur ut interdum nec melior causa mandantis fieri possit, deterior vero numquam ». Cfr. in proposito il § 2 seg., nota 4.

fr. 4 D. eod. (Gaius, lib. II *rer. cottidianar.*): « Sed Proculus recte eum usque ad pretium statutum acturum existimat, quae sententia sane benignior est »;

fr. 5 § 3-4 D. eod. (Paulus lib. XXXII *ad edictum*): « Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes tuque eum nonaginta vendideris et petam fundum, non obstat mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves Servo quoque dominus si praeceperit certa summa rem vendere, ille minoris vendiderit, similiter vindicare eam dominus potest nec ulla exceptione summoverti, nisi indemnitas ei praestetur »;

Paulus, R. S. II, 15. 3: « Certo pretio rem missus distrahere si minoris vendiderit, mandati iudicio pretii summa poterit integrari: venditionem enim dissolvi non placuit »;

fr. 22 pr. D. mandati 17. 1 (Paulus, lib. XXXII *ad edictum*): « Si mandavero tibi, ut pro me in diem fideiubas tuque pure fideiusseris et solveris, utilius respondebitur interim non esse tibi mandati actionem, sed cum dies venerit »;

fr. 33 D. eod. (Iulianus, lib. IV *ex Minicio*): « Rogatus, ut fideiuberet si in minorem summam se obligavit, recte tenetur: si in maiorem, Iulianus verius putat quod a plerisque responsum est eum, qui maiorem summam quam rogatus erat fideiussisset, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus esset, quia id fecisset, quod mandatum ei est: namque usque ad eam summam in quam rogatus erat, fidem eius spectasse videtur qui rogavit »;

fr. 41 D. eod. (Gaius, lib. III *ad edictum prov.*): « Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari: nam si is qui mandatum suscepit egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit, at ei qui mandaverit adversus eum competit »;

fr. 45 § 4 D. eod. (Paulus, lib. V *ad Plautium*): « Sed si mandavero tibi, ut creditori meo solvas, tuque expromiseris et ex ea causa damnatus sis, humanius est et in hoc casu mandati actionem tibi competere »;

fr. 62 § 1 D. eod. (Scaevola, lib. VI *dig.*): « Mandavi in haec verba: "Lucius Titius Gaio suo (Seio) salutem. Peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium: quaeque a Publio soluta tibi non fuerint repraesentaturum hac epistula manu

mea scripta notum tibi facio. Quaero, si non fideiussisset, sed mandasset creditori et alias egisset quam quod ei mandatum esset, an actione mandati ¹²⁾ teneretur (tenerer). Respondit teneri" ».

2. Gli scrittori che ebbero occasione di sottoporre ad un esame critico i passi ora riferiti e conservati o dalle Pandette o dal Breviario, avvertirono, e già da tempo ¹⁾, che qualcuno di essi, in uno o altro modo, deve essere interpolato. Nessuno però ha spinto l'esame così a fondo come il Riccobono; e i risultati da lui ottenuti, pienamente probabili in alcuni rapporti, mi sembrano in altri, o meno probabili, o addirittura infondati.

E, prima di tutto, secondo il Riccobono, Gaio e Paolo avrebbero seguita intorno all'eccesso di mandato la così detta opinione Sabianiana. Ciò risulta dal fr. 41 D. mandati 17. 1, sopra riferito, in quanto riguarda Gaio; e dal fr. 3 § 4 D. eod., anch'esso sopra riferito, in quanto riguarda Paolo ²⁾. Di qui due conseguenze per il nostro autore: che nel fr. 4 D. mandati 17. 1 (= § 8 Inst. mandati 3. 26) l'approvazione data da Gaio all'opinione opposta a quella di Sabino (*quae sententia sane benignior est*), è interpolatizia ³⁾; e che sono pure interpolatizie

¹²⁾ Titius inserisce Mommsen a questo luogo, ma allora occorre correggere qualcosa in principio. Meglio dunque la correzione (*tenerer*) di Scialoja.

¹⁾ Per la interpolazione della parola *recte* nel fr. 1 D. mandati 17. 1, cfr. PAMPALONI, *Studi Senesi*, vol. 17. pag. 160, n. 43 e i cit. ibid. (escluso il Ferrini) DIRKSEN, *Beiträge*, pag. 115; LENEL, *Paling.* ad Gaium, 503, n. 6. La interpolazione si fonda su due circostanze: che altrimenti il cit. fr. 4 D. mandati 17. 1, sembra esprimere approvazione dell'opinione di Proculo, e che una simile inserzione interpolatizia della parola *recte* apparisce in altri luoghi delle Fonti. Che il *recte* possa intendersi anche in altro senso ha relativa importanza, salvo non si dica (cfr. § 1, nota 10) che Gaio non ha inteso in alcun modo di approvare l'opinione di Proculo. Non mancano poi scrittori, i quali dichiarano, in generale, che il fr. 4 D. (17. 1) cit. è interpolato, senza indicare in che consiste precisamente l'interpolazione. Cfr. p. es., ACCARIAS, loc. cit. dal BERTOLINI, *Appunti*, pag. 360. Essi si fondano appunto sulla circostanza, pocanzi accennata, che Gaio non può avere approvata l'opinione di Proculo. Non già perchè essi vedano nel fr. 41 D. 17. 1 cit. la prova che Gaio in materia di eccesso di mandato ha seguito Sabino; ma perchè nelle diverse controversie di scuola, riferite in buon numero (diciannove) nelle Istituzioni di codesto giureconsulto, è sempre, o espressamente, o tacitamente, accolta l'opinione Sabianiana. E l'eccezione che occorre una volta (II, 195) fondata sopra un rescritto imperiale conferma la regola.

²⁾ RICCOBONO, loc. cit. pag. 232 e LENEL, ivi cit.

³⁾ RICCOBONO, loc. cit. pag. 233 e nota 1 ibid. Per la interpolazione della frase finale del fr. 4 D. mandati 17. 1, cfr. anche SCHRADER, op. cit. ad v. *quae - benignior est* (« huiusmodi verbis Iustinianus suum assensum dare, eiusque rationes

le parole finali del fr. 45 § 4 mandati 17. 1 sopra riferito di Paolo: *humanus est et in hoc casu mandati actionem tibi competere* 4). La quale ultima interpolazione, non indicata da altro scrittore prima del nostro, riesce davvero preziosa 5); ed è peccato non venga notata dal Seckel tra i molti esempi, offerti da lui nel noto vocabolario, d'interpolazioni relative all'aggettivo *humanus*.

Secondo poi il Riccobono, anche nel fr. 5 § 3 D. mandati 17. 1, dianzi riferito, di Paolo sarebbero interpolate le parole: «*nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves*» e nel § 4 eod. le parole finali «*nisi indemnitas ei praestetur*». E l'una e l'altra aggiunta sarebbe stata fatta «*per neutralizzare l'opinione di Paolo*»; ossia, per trarre codesto Giureconsulto all'opinione opposta a quella da lui professata, in corrispondenza di quanto era stato fatto anche nel fr. 45 § 4 (17. 1) di cui si è detto. Paolo dunque, nel testo genuino, avrebbe ammesso che il mandante può sempre rivendicare la cosa venduta per un prezzo inferiore a quello indicato nel mandato, anche quando il mandatario è pronto a rimettere del suo la differenza. E siccome il principio stesso che risulta dal fr. 5 § 3-4 D. (17. 1) cit. risulta anche dal passo delle Sententiae di Paolo conservatoci dal Breviario, così il Riccobono crede che i Visigoti abbiano apportato al testo classico delle

significare amat»). Il *recte* però che si legge nei due passi, secondo il Riccobono, loc. cit. pag. 231, n. 1, è genuino; si riferisce alla parola *acturum* e vale come *utiliter*. Cfr. in tal senso; BERTOLINI, *Appunti*, pag. 855; BREMER, *ivi cit.*; e anche FERRINI, loc. cit. alla nota 9 § 1, sebbene non esplicito.

4) Che anche nel fr. 3 pr. D. mandati 17. 1 di Paolo non tutto sia in ordine (e per la causa stessa di cui nel testo) crederei si potesse sospettare. Forse è addirittura interpolata la frase finale «*interdum melior, deterior vero numquam*» (cfr. nota 11 del § 1). Sta bene che Paolo viene poi a dirci (fr. 5 § 5 D. eod.) quando è che il mandatario può avvantaggiare le ragioni del mandante. Ma qui, in realtà, si tratta di uno che eseguisce il mandato; perché, come dice Gaio III, 161 sopra riferito «*qui mandat, ut centum milibus emeretur, is utique mandare intellegitur, uti minoris, si posset, emeretur*». Là invece, nel fr. 3 pr. D. 17. 1 cit. Paolo intendeva riferirsi al caso di chi non eseguisce il mandato, come mostra il successivo § 2 (cfr. anche GLÜCK, loc. cit. pag. 276, n. 85, trad. italiana, pag. 25 e POTHIER, *ivi cit.*). Che infine nel fr. 5 pr. § 1 D. mandati 17. 1 con le parole «*diligenter fines mandati custodiendi sunt: nam qui excessit, aliud quid facere videtur et si susceptum non impleverit, tenetur*» Paolo abbia inteso alludere all'eccesso di mandato nel senso di cui nel testo, non è improbabile. Così p. es. anche SCHRADER, loc. cit. in v. *ut ecce - actionem*.

5) Cfr. § 7 seguente.

Sententiae quella stessa modificazione che i Bizantini ebbero ad apportare al fr. di Paolo estratto dal commento all'editto. Il che, egli aggiunge, si deve principalmente al fatto che l'opinione Proculeiana era già riuscita vittoriosa nella pratica del diritto postclassico. E qui mi pare si debba dissentire. Chi assume il mandato di vendere per 200 e vende per 100 ha adempita l'obbligazione, quando offre i 100 che mancano a formare la somma indicata dal mandante. Altrimenti, bisognerebbe dire che vi è del pari inadempimento dell'obbligazione, se il mandatario tiene per sè la cosa che doveva vendere per 200, sborsando del suo codesta somma. Se il mandante avesse prescritto di vendere per un determinato prezzo ad una determinata persona, allora vi sarebbe in ogni modo inadempimento, se la vendita fosse fatta per un prezzo minore. Ma quando è determinato soltanto il prezzo, il mandatario può vendere a chi gli pare, anche a se stesso; e se a un terzo, anche a un prezzo minore di quello indicato, purchè presti la differenza. I due frammenti di Paolo dunque interessano, non la quistione dell'eccesso, ma piuttosto quella distinzione di mandato certo e mandato incerto o plurium causarum, cui accenna Paolo stesso nel fr. 46 D. mandati 17. 1⁶). I medesimi non danno alcun appiglio a ritenere che la così detta opinione Proculeiana in tema di eccesso di mandato fosse riuscita prevalente già prima di Giustiniano. Ci avvertono invece che il caso di compra con eccesso di mandato, cui si richiamano nei passi sopra riferiti Sabino, Cassio, Proculo e i posteriori giureconsulti classici, Gaio e Paolo, non che i Compilatori delle Istituzioni Giustiniane, riguarda la compra di un *determinato* oggetto, ossia la compra da una determinata persona, per un dato prezzo (mandato certo). Che se si trattasse invece di un oggetto indeterminato, il quale per conseguenza può esser venduto al mandatario da chicchessia (mandato incerto), non cadrebbe dubbio che il mandato fosse eseguito, quando il mandatario alla consegna dell'oggetto facesse seguire la domanda del prezzo che gli venne indicato; perchè nulla vieta che a codesto prezzo egli stesso

⁶) « Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc, licet aliis praestationibus exoluta sit causa mandati quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio ». Cfr. in proposito GLÜCK, loc. cit., trad. ital., pag. 26.

figuri come venditore dell'oggetto. È questa un'osservazione, che, di solito, sfugge agli scrittori; ma la cui importanza è messa in rilievo dall'erronea interpretazione dei frammenti di Paolo che abbiamo veduta ⁷⁾.

Infine, in ciò che riguarda il fr. 33 D. mandati 17. l di Giuliano, il Riccobono osserva benissimo ⁸⁾ che l'opinione di Minicio, cui si riferivano le prime parole del passo, è stata mutilata. Il passo, con ogni probabilità era scritto nelle prime parole così:

« Rogatus ut fideiuberet, si in minorem summam se obligavit, *is pro quo se obligavit*, recte tenetur, si in maiorem non tenetur ».

La decisione dunque di Minicio (sono parole del Riccobono, che rispondono a quanto prima di lui era stato congetturato dal Lenel ⁹⁾ e venne poi confermato da posteriori ¹⁰⁾ ricerche) fu espulsa dal testo e al suo posto fu spinta la nota di Giuliano. Il quale giureconsulto (e qui però debbo di nuovo dissentire dal nostro scrittore) avrebbe accettata l'opinione Proculeiana; onde poi la eliminazione di quella contraria di Sabino e Cassio, esposta da Minicio. E l'opinione Proculeiana (così sempre il Riccobono) con la sua *calzante* motivazione « *nam usque ad eam summam . . . fidem eius spectasse videtur qui rogavit* », sarebbe esposta nell'ultima parte del frammento; ove soltanto si dovrebbe ritenere di *origine spuria* (glossema dunque ¹¹⁾, non interpolazione?) la frase *quia id fecisset quod mandatum ei est*. I Proculeiani, dice il nostro scrittore, accordavano nel caso di eccesso l'actio mandati contraria, ma riconoscevano che il mandato non era stato eseguito. Come poi e in che senso fosse tuttavia *calzante* quella tale motivazione che sopra venne riferita, non è detto o accennato

⁷⁾ Anche nel formulare il caso di compra di cui nel § 1 in pr. viene, di solito, indicato genericamente ciò che ne è oggetto. Cfr. p. esempio FERRINI, *Pand.* pag. 706: (« Se il mandatario eccede i limiti del mandato, ad es. comprando per 150 *un fondo*, mentre gli era stato dato l'incarico di comprarne *uno* per 100, ecc. »): ACCARIAS, *Précis*, II, § 634; BERTOLINI, *App.* pag. 852. In senso corretto: GLÜCK, loc. cit. pag. 28 (« Per esempio, se io do mandato a Tizio di comprarmi una *determinata* [gewisse] cosa »).

⁸⁾ Loc. cit. pag. 230; pag. 231-2.

⁹⁾ Cit. dal RICCOBONO, loc. cit. pag. 231 (*Palng.* Iuliani, 868).

¹⁰⁾ BREMER, *Iurispr. Antehadr.* II, 1. 281.

¹¹⁾ Non vedo però indicato il glossema nell'edizione milanese dei Digesti curata di recente dal Riccobono e da altri. Il che farebbe supporre che con le parole di cui nel testo s'intendesse accennare ad una interpolazione.

in alcun modo dal Riccobono; probabilmente, perchè egli si proponeva di tornare ancora sull'argomento ¹²⁾. Bene però sono avvertiti certi indizi di alterazione della parte finale del frammento di Giuliano: la doppia motivazione (*quia... nam*) e la cattiva consecutio temporum (*esset... est*). Resta a vedere, se il passo venga reso genuino con la semplice eliminazione di quella motivazione, che si asserisce d'origine spuria; glossema o interpolazione che sia.

3. Come risulta dalla precedente esposizione, le alterazioni Tribonianee indicate dal Riccobono avrebbero avuto, più che altro, un intento di coordinamento: quello di affermare decisamente la prevalenza della così detta opinione Proculiana, traendo ad essa tutti i passi dei Codici relativi all'argomento, anche quando appartenevano a giureconsulti seguaci dell'opinione Sabiniana. Ebbene, a mio avviso, pur essendo vere per la maggior parte le alterazioni indicate dal Riccobono, esse hanno un altro intento: il quale intento non è di mero coordinamento, per la ragione che i Proculiani non hanno mai pensato a ciò che fa loro dire Giustiniano.

Intanto si ponga mente a queste due circostanze: 1. Il passo delle Istituzioni di Gaio, III, 16 dichiara che specialmente Sabino e Cassio negavano in caso d'eccesso l'actio mandati contraria (*idque maxime Sabino et Cassio placuit*): ma non dicono punto che i Proculiani fossero d'avviso diverso. Si può dunque aver qui, come in altri luoghi ¹⁾, il riferimento di un'opinione dei due corifei della scuola opposta a quella dei Proculiani, senza che questi vi abbiano contraddetto; 2. I Compilatori delle Istituzioni Giustinianee, quante volte hanno dovuto richiamare materie controverse nelle due scuole, hanno eliminato il ricordo della controversia ²⁾; salvo in tema di

¹²⁾ Cfr. loc. cit. pag. 231, n. 1; pag. 233, n. 1.

¹⁾ Cfr. per tutti il fr. 11 D. *de iurisd.* 2. 1: E per citare un punto attinente al nostro tema, credo errerebbe molto chi ritenesse che la equiparazione della ratifica al mandato nel campo di certi delitti, la quale nel fr. 1 § 14 D. *de vi* 43. 16 viene attribuita all'insegnamento di Sabino e Cassio, fosse contraddetta dai Proculiani.

²⁾ Cfr. i seguenti nove passi delle Istituzioni, relativi ad altrettante controverse di scuola, dichiarate espressamente tali da Gaio e talvolta da altre Fonti: pr. Inst. quib. modis tutela finitur 1. 22; pr. Inst. de exhered. lib. 2. 13; § 10 Inst. de hered. inst. 2. 14; § 32 Inst. de legatis 2. 20; § 4 Inst. de inut. stipul. 3. 19; § 3 Inst. per quas pers. nobis adquir. 3. 28; pr. Inst. quib. modis oblig. tollitur 3. 29; § 6 Inst. de nox. act. 4. 8; § 2 Inst. de action. 4. 12. È notevole che in uno

vendita³⁾ e di specificazione⁴⁾, perchè in esse avevano avuto occasione di affermare alcun che di nuovo in confronto di ambedue le scuole.

Qualcosa di nuovo in confronto del diritto classico hanno appunto affermato i Giustiniani in tema di eccesso di mandato. L'antica giurisprudenza era tutta concorde nel ritenere, dietro specialmente l'insegnamento di Sabino e Cassio, che, dato un eccesso di mandato, non v'è luogo all'*actio mandati contraria*, neppure se il mandatario mette a suo carico le conseguenze economiche dell'eccesso. Essendo invece piaciuto a Triboniano, per quella da lui abusata considerazione di umanità che viene richiamata per emblema nel fr. 15 § 4 D. mandati 17. 1 cit. («sed humanius est mandati actionem... competere») di concedere l'*actio mandati contraria*, egli ha anche, per bellissimam machinationem, attribuita ai Proculiani codesta sua decisione. Egli ha perfino tentato di giustificarla nel fr. 33 D. mandati 17. 1 di Giuliano, modificando (lo vedremo) non senza accorgimento le parole del giureconsulto: «quia id fecisset (procurator), quod ei mandatum est: nam usque ad eam summam, in quam rogatus erat, fidem eius spectasse videtur qui rogavit». Ma, notiamolo subito, il tentativo non può dirsi riuscito⁵⁾, in confronto dei principi generali della materia. Infatti, una di due: o il mandatario ha avuto buon motivo, quando eccedeva, di fare assegnamento sulla fede del mandante e potrà dirsi che il mandato è eseguito: o il mandatario non ha avuto buon motivo all'eccesso e allora bisognerà dire che il mandato è inadempito, perchè nulla vale la credenza del mandatario. Supponiamo: un amico, il quale m'incarica abitualmente di certi acquisti, indicandomene il prezzo massimo, e li ha sempre ricevuti, anche quando eccedevo di poco il limite fissato, rifiuta, senz'altra ragione che quella dell'eccesso, di riceverne uno in cui avevo ecceduto meno del solito; ho certamente l'*actio mandati contraria* e senza bisogno di sottostare al danno derivante dall'eccesso (estensione⁶⁾

di essi (pr. Inst. 1. 22) si accenna all'opinione contraria dei *veteres*, senza avvertire che si tratta di una delle due scuole e che la decisione accolta è appunto quella dell'altra di esse.

³⁾ § 2 Inst. de emptione, 3. 23.

⁴⁾ § 25 Inst. de rer. div. 2. 1.

⁵⁾ Cfr. il passo del Cuiacio, riferito alla nota 1 del seguente paragrafo.

⁶⁾ Cfr. anche il caso accennato nella nota 3 in f. del § 4 seg. e quello di cui alla nota 3 in f. del § 1 preced.

tacita del mandato). Ma se, viceversa, ero già stato diffidato a non eccedere e si erano già avute altre accettazioni di acquisti eccedenti il prezzo indicato, accompagnate però da protesta, come farò a dire che eccedendo ho contato sulla fede del mandante? E anche se mi addosserò le conseguenze economiche dell'eccesso, non potrò mica dire che appunto per codesto ho fatto assegnamento sulla fede del mandante; perchè altre ragioni possono esservi che valgono a dissuaderlo dall'accettazione della cosa comprata: quella, per esempio, di non rimanere in alcun modo obbligato verso di me; e alla fin fine, quella che non ho tenuto conto della volontà sua conforme al mandato. I Giustiniani invece, in corrispondenza dell'*actio mandati* contraria da essi accordata *humanitatis ratione*, hanno statuito che il mandatario, il quale si addossa il danno dell'eccesso, *deve ritenersi* aver avuto buon motivo di fare assegnamento sulla fede del mandante; e conseguentemente hanno anche affermato che il mandatario ha allora eseguito il mandato⁷⁾. Ciò che poteva però statuire il legislatore bizantino non potevano argomentare o dedurre dei giureconsulti. E bisogna ancora vedere, se la volontà del legislatore vale in effetto a statuire nel senso accennato; perchè, come ci ha insegnato Gaio⁸⁾, a proposito della figura del quasi usufrutto e del Senatoconsulto relativo, «*naturalis ratio auctoritate Senatus commutari non potest*». Ma di questo, meglio in seguito: determiniamo innanzi, e puntualmente, lo stato del diritto classico in tema di eccesso di mandato.

4. Come ho già detto, la giurisprudenza classica era tutta concorde nel ritenere, dietro l'insegnamento di Sabino e di Cassio, che, dato un eccesso di mandato, l'*actio mandati* è esclusa; anche se il mandatario rimette del suo l'importo dell'eccesso. È questa una rigorosa conseguenza che non può essere ovviata da nessun interprete,

⁷⁾ In tal senso, cfr. p. es.: DONELLO, *Comm. de I. C. XIII*, 12. 6 («*Nervae et Proculo contra visum est... et recte, tamquam scilicet ad eam summam impleto mandato*»); VINNIO, *Comm. in Inst.* III, 27. 8, n. 4: («*Sed Nervae et Proculo contra visum est, in huiusmodi specie saltem ad summam mandato expressam recte agere, quasi hactenus non altius, sed quod rogatus est fecerit, mandatumque impleverit*»). Va da sè, che questi scrittori attribuiscono il concetto dell'adempimento del mandato nella nota ipotesi, non a Giustiniano, ma ai Proculiani.

⁸⁾ Fr. 2 § 1 D. *de usufr. cor. rer.* 7. 5: «*neque enim naturalis ratio auctoritate Senatus commutari potuit*».

per quanto inclinato a benignità. Altrimenti, secondo osservava Paolo nel fr. 3 in f. D. mandati 17. l sopra riferito, l'esserci o no esecuzione del mandato dipenderebbe dalla volontà del mandatario *inadempiente*¹⁾. E mentre costui potrebbe costringere il mandante a ricevere la cosa comprata per un prezzo maggiore di quello indicato nel mandato; non potrebbe essere costretto a darla, neppure per il prezzo effettivamente sborsato; perchè avrebbe sempre modo di affermare che, essendogli impossibile di comprarla al prezzo indicato nel mandato, l'ha per il prezzo maggiore acquistata suo nomine.

Tutto ciò non toglie che in un eccesso di mandato possa esservi una gestione d'affari; e che il mandante possa esser tenuto per la gestione in quei limiti che egli aveva fissati al mandato, i quali sono appunto i limiti dell'*utiliter gestum*²⁾. Un eccesso di mandato può aversi per due cause: o perchè il mandatario sperava che il mandante avrebbe ratificato³⁾; oppure perchè il mandatario versava in errore circa ai limiti del mandato o ha commesso un errore qualsiasi nell'eseguirlo. Circa alla seconda ipotesi, sappiamo già da Ulpiano e Papiniano, relativamente a casi assai prossimi al nostro, che vi è luogo all'*actio neg. gest. contraria*:

¹⁾ Il VINNIO, loc. cit. non ha intesa l'argomentazione di Paolo in difesa della opinione di Sabino e Cassio. Egli crede si tratti di costringere il mandatario a dare per 100 ciò che ha comprato per 120. Si tratta invece di costringerlo a dare per 120; per quel maggior prezzo, cioè, a cui ha comprato; e come è detto nel testo, egli può sempre esimersene, affermando che, vista l'impossibilità di eseguire il mandato, ha agito per conto proprio. Chi ne ha invece avvertita tutta l'importanza è il CUIACIO, *Observ.* XII. 34: « Itaque magna est profecto et gravis-Sabinianorum ratio. Et Proculianorum sententia... sustinetur humanitate et benevolentia sola, non mera ratione iuris (cfr. anche FABRO, *Ration. in Pand.* XVII, l. 4). Egli crede perciò che, accolta l'opinione contraria a Sabino, si debba riconoscere al mandante il diritto di costringere il mandatario, acquirente di una cosa ad un prezzo maggiore di quello indicato nel mandato, a consegnarla; quando per parte del mandante si offra codesto maggior prezzo (cfr. HILLIGHERO, *ad Donell. Comm.* XIII, 12. 6, nota 2; il quale, se non erro, versa nello stesso errore sopra notato del Vinnio).

²⁾ Così appunto ritenevano alcuni Glossatori, fra i quali Martino (cfr. VINNIO, loc. cit.). Vedi anche i cit. da HUBERO, *Prael. in Inst.* III, 27, n. 6.

³⁾ Cfr. il caso fatto del FABRO, loc. cit. di chi ha comprato un oggetto determinato che vale 200 per 150, avendo avuto incarico di comprarlo per 100. Dove però è da badare, che le circostanze in cui vien dato codesto incarico non siano tali, da far ritenere che la compra possa magari aver luogo per 150 (estensione tacita del mandato); perchè allora (cfr. nota 3, § 1), il caso sarebbe fuori di questione.

fr. 5 pr. D. de neg. gestis 3. 5 (Ulpianus, lib. X *ad edictum*): « Item si, cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione. Idem est etiam, si pro te fideiussero, dum puto a te mandatum »:

fr. 31 D. eod. (Papinianus, lib. II *respons.*): « Fideiussor imperitia lapsus alterius quoque contractus, qui personam eius non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit et utramque pecuniam creditori solvit, existimans indemnitati suae confusis praediis consuli posse. Ob eas res iudicio mandati frustra convenietur et ipse debitorem frustra conveniet, negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit: in qua lite culpam aestimari satis est, non etiam casum, quia praedo fideiussor non videtur etc. ».

E quello che vale per la seconda ipotesi non si può non ammettere per la prima; ossia, in ogni e qualunque ipotesi d'eccesso; quando, s'intende, il mandatario rimetta del proprio ciò che per l'eccesso ha dovuto erogare. Ecco, secondo me, l'osservazione di mero completamento sistematico che era stata fatta da Gaio nel fr. 4 D. mandati 17. 1, ossia nelle res cottidianae: « (sed) Proculus recte eum usque ad pretium statutum *actione negotiorum*⁴⁾ *gestorum* [mandati Trib.] acturum existimat, quae sententia sane *probabilis*⁵⁾ [benignior Trib.] est ».

Sono stati, come ho detto, i Giustiniani, ai quali è piaciuto (per una falsa veduta di umanità o benignità) di sostituire all'actio neg. gestorum l'actio mandati⁶⁾. E per dare maggior risalto alla novità,

⁴⁾ Anche nel fr. 45 § 4 D. mandati 17. 1 può essere che Paolo dicesse semplicemente, in ultimo, « mandati actio tibi non competit » (cfr. sopra alla nota 4 § 2). Ma più probabile mi sembra che egli escludesse indirettamente l'actio mandati, affermando l'esistenza dell'actio neg. gestorum « verius est in hoc casu neg. gestorum actionem tibi competere ».

⁵⁾ Cfr. fr. 11 § 2 D. de iurisd. 2. 1 di Gaio (« et sane eorum sententia probabilis est »). Il riferimento e accoglimento dell'opinione di Proculo occorre più volte nei frammenti di Gaio: cfr. p. es. Ist. III, 140; IV, 163; e anche fr. 19 pr. D. de usuris 22. 1, fr. 69 D. de condic. 35. 1.

⁶⁾ Comesi sa, l'arbitraria ed inutile sostituzione di un'azione ad un'altra non è nuova nei Codici Giustiniane. Cito ad esempio il fr. 48 D. de neg. gestis 3. 5, relativo appunto alla nostra materia; ove alla indicazione di una conditio si è sostituita un'actio neg. gestorum (PERNICE, *Labeo III*, pag. 237; FERRINI, *Pand.* pag. 715; *Bull. dell'Ist. di D. R.* VII, pag. 715; PACCHIONI, *ibid.* IX, pag. 79). E non si tratta di glossema; si tratta proprio d'interpolazione, la quale corrisponde a quella che si legge nel primo periodo del fr. 5 § 5 D. de neg. gestis 3. 5: « Sed et

hanno anche affermata una controversia di scuola, che non ha mai esistito. Così s'intende perchè, mentre nel fr. 4 D. mandati 17. 1 tolto dalle res cottidianae di Gaio si parla di Proculo, nel § 8 Inst. eod., attinto alla stessa fonte, si parla addirittura di *diversae scholae auctores*. Nelle Pandette la indicazione di Proculo, quale autore della benigna innovazione, non aveva affermata una controversia di scuola; anche perchè nel fr. 3 § 2 D. eod. alla indicazione di Sabino e Cassio venne sostituito dai Compilatori un generico *quidam*. Ma nelle Istituzioni, essendo piaciuto di affermare una tale controversia, si è mantenuto il genuino *Sabinus et Cassius* e si è sostituita all'indicazione di Proculo la espressione, consueta ⁷⁾ in Gaio, *diversae scholae auctores*.

5. Così s'intende anche l'alterazione, di cui è stata oggetto la parte finale del fr. 33 D. mandati 17. 1 di Giuliano.

Come fu accennato, i Giustiniani hanno affermata l'esecuzione del mandato nel caso di eccesso di cui ivi si tratta; presumendo che il mandatario abbia in ogni caso avuto buon motivo di fare assegnamento sulla fede del mandante, dal momento che egli si sobbarca alle conseguenze economiche dell'eccesso: « quia id fecisset quod mandatum ei est; nam usque ad eam summam, in quam rogatus erat, fidem eius spectasse videtur qui rogavit ». Ecco perchè, anche questo fu detto prima, il passo non vien sanato, togliendo semplicemente, secondo fu proposto da altri, la frase « quia id fecisset quod mandatum ei est ». Vediamo dunque come probabilmente si era espresso Giuliano.

si quid negotia mea gessit non mei contemplatione sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse... [*sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione*]. L'interpolazione correlativa dell'ultimo periodo del fr. 5 § 5 cit. è stata avvertita da vari scrittori, particolarmente dal Riccobono. Ciò dispensa, per il momento, da altre parole.

⁷⁾ Comunemente Gaio contrappone (almeno nelle Istituzioni) all'opinione dei (nostri) praeceptores quella dei *diversae scholae auctores*, senza indicarne i corifei: I, 196; II, 36, 79, 123, 200, 221, 244; III, 98, 103, 167 a, 168; IV, 78, 79; cfr. anche III, 178. Talvolta però occorre codesta indicazione, ma in riguardo ad ambedue i corifei; II, 15 « Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores » II, 195 « Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores ». L'espressione Proculus ceterique diversae scholae auctores, congetturata dal Ferrini nel passo delle res cottidianae a cui è attinto il fr. 4 D. mandati 17. 1 e su cui riposa il § 8 Inst. eod., è straniera all'uso di Gaio; quale almeno si rivela dai frammenti rimastici.

Una mallevadoria per mandato, eccedente la somma indicata dal mandante, può essere prestata, in parte per conto del mandante e in parte (in quanto all'eccesso) per conto del mandatario; e allora il caso è identico a quello già notato¹⁾ di una vendita per un prezzo inferiore alla somma indicata nel mandato, quando il mandatario assume il pagamento della differenza. Il mandato, cioè, è eseguito; e fino alla somma fissata il mandatario ha l'actio mandati contraria²⁾. Può darsi però che il mandatario abbia inteso di obbligare il mandante, facendo assegnamento (per uno od altro erroneo motivo) sulla ratifica del mandante: e allora, se la ratifica manca, egli ha tuttavia (a differenza del caso della vendita ora richiamato) un actio neg. gest. contraria fino a concorrenza della somma indicata nel mandato. L'una e l'altra ipotesi aveva contemplata e decisa Giuliano, d'accordo con molti altri (*quod a plerisque responsum est*); in confronto della troppo generale decisione di Minicio, che nel caso di mallevadoria per mandato il mandante non è tenuto (s'intende, con l'actio mandati contraria) per la somma garantita, se essa supera quella da lui indicata. Cosicché l'osservazione del nostro giureconsulto al caso fatto da Minicio, come quella di Proculo e Gaio al caso fatto da Sabino e Cassio nel fr. 4 D. mandati 17. 1, era di mero completamento sistematico. Ecco le parole di lui:

« Iulianus: verius puto [*putat* Trib.] quod a plerisque responsum est eum, qui maiorem summam quam rogatus erat fideiussisset, hactenus [*mandati*] actionem habere, quatenus rogatus esset [*quia id fecisset quod mandatum ei est*] nam usque ad eam summam, in quam rogatus erat, aut id fecisset quod mandatum ei est³⁾, aut si fidem eius spectasset [*spectasse videtur* Trib.] qui rogavit, negotium alienum gessisse videtur ».

Le alterazioni dei Giustiniani hanno, come si vede, distrutto ciò che costituiva la sostanza della particolare osservazione di Giuliano; ritenendosi da essi che anche nel caso della fideiussione, come nel caso della compra cui si riferiscono Gaio III, 161 e i fr. 3-4 D. man-

¹⁾ Cfr. sopra il § 2 e i frammenti di Paolo ivi interpretati (fr. 5 § 3 D. 17. 1; *Sent.* II, 15. 3).

²⁾ Fin qui anche il GIRARD e l'ACCARIAS, loc. cit. alla nota 6 del § 1.

³⁾ *Id fecisset quod mandatum ei est* sono le parole che Triboniano ha trasportate più indietro in forma di motivazione.

dati 17. 1. tutto si limiti ad accordare l'actio mandati invece dell'actio neg. gestorum contraria, quando il mandatario sopporta le conseguenze economiche dell'eccesso. E una limpida prova delle nostre congetture si ha nel § 8 Inst. mandati 3. 26 sopra riferito; ove facendosi insieme il caso di una compra e il caso di una fideiussione per somma eccedente il mandato, l'actio mandati viene esclusa in una maniera assoluta per l'intera somma spesa o garantita e viene accordata senza distinzione per quella minore indicata nel mandato. Gaio invece, tanto nelle Res cottidianae che nelle Istituzioni, non si occupava del caso, tutto speciale, della fideiussione eccedente il mandato. Ciò è manifesto dal periodo finale del § 8 cit., ove del caso della fideiussione non si fa altrimenti parola:

« Is qui exequitur mandatum non debet excedere fines mandati. Ut ecce si quis usque ad centum mandaverit tibi, ut fundum emeris [*vel ut pro Titio sponderes neque*] pluris emere non debes [*neque in ampliorem pecuniam fideiubere*], alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum cum eo agere velis, inutiliter te acturum: *Proculus* [*diversae scholae auctores Trib.*] recte te QUOD SI MINORIS EMERIS, habebis mecum etc. » ⁴⁾.

Sono dunque i Giustiniani, che, in conformità delle alterazioni operate nel fr. 33 D. mandati 17. 1 di Giuliano, hanno riuniti sotto un' unica decisione i due casi, della compra e della fideiussione eccedenti il mandato.

6. E qui finalmente si presenta la questione del valore, che possono avere codeste alterazioni in rapporto al sistema Giustiniano; in quanto particolarmente riguarda l'actio mandati contraria, accordata humanitatis ratione nel noto caso di eccesso. E a me non par dubbia la soluzione negativa, già prima accennata ¹⁾; perchè non si tratta di norme, ma di costruzioni giuridiche ²⁾, che, quantunque of-

⁴⁾ Il § 8 Inst. cit. non è dunque così genuino, come sembrava al FERRINI, loc. cit. alla nota 9 del § 1 precedente; anche a prescindere dalle alterazioni che risultano da quanto si è detto nel § 4 a riguardo del fr. 4 D. mandati 17. 1.

¹⁾ Cfr. § 3 in f.

²⁾ Cfr. EISELE, *Unverbindlicher Gesetzesinhalt* (Arch. f. d. civ. Praxis, 69, pag. 25); PAMPALONI, *Personae in causa mancipii* (Bull. dell'Ist. di D. R. XVII, p. 123 e segg.).

ferte dal legislatore, possono e debbono essere trascurate, quando non sono conformi alla ragione naturale o giuridica.

Cade con ciò l'ostacolo, l'unico ostacolo, che si opponeva a concedere nel diritto giustiniano l'actio neg. gest. contraria al mandatario che eccede. La maggior parte invece degli interpreti del diritto giustiniano ha supposto che ad ammettere l'actio neg. gest. contraria nell'eccesso di mandato facesse ostacolo la natura stessa dell'azione; ossia, che nell'eccesso di mandato il mandatario agisse contro un divieto di gestione, risultante implicitamente dal mandato ³⁾. Siccome poi un luogo delle Fonti sopra riferito ⁴⁾ accorda l'actio neg. gest. contraria in un caso speciale di eccesso prossimo a quelli di cui ci siamo occupati finora, così, secondo alcuni dei detti interpreti, bisogna distinguere due specie o forme di eccesso di mandato ⁵⁾. Alla quale distinzione (non sarà inutile avvertirlo) si richiamano, sia pure di sfuggita, recentissimi scrittori ⁶⁾. La prima specie ha luogo quando l'opera oggetto del mandato venne eseguita, ma deviando comunque dal mandato; e dicevano che il mandatario ha agito *contra mandatum*: la seconda specie ha luogo quando il mandatario compie, oltre l'opera promessa, un'altra diversa, pure interessante il patrimonio del mandante ⁷⁾; e dicevano che il mandatario ha agito *praeter mandatum*. Nella prima specie escludevano, in massima, non solo l'actio mandati, ma anche, per la ragione accennata, l'actio neg. gest. contraria: nella seconda invece accordavano senz'altro l'actio

³⁾ Cfr. p. es. HILIGHERO, loc. cit. XIII, 12, 7, n. 3 (« qui mandatum finibus certis circumcludit, reliqua quae extra fines istos posita (sunt) prohibere videtur »); HUBERO, *Prael. in Inst.* 3, 27, n. 6 (« id quod specialiter praescriptum est, merito expressae loco prohibitionis, si in diversam fiat partem, esse habendum »); GLÜCK, loc. cit. pag. 27 alla nota 90 (« chi eccede deve esser trattato come tale che ha gerito negotia prohibentis »).

⁴⁾ Fr. 31 D. mandati 17, 1, riferito al § 4.

⁵⁾ Cfr. p. es. GLÜCK, loc. cit. alla nota 1 del § 1 preced. La traduzione italiana ha qui disgraziatamente omessa la seconda parte del periodo: « Nel primo caso si dice che il mandatario ha agito contro il mandato (*contra fines mandati egit*); nell'altro invece, che egli ha fatto qualcosa senza mandato (*praeter fines mandati egit*) ».

⁶⁾ Cfr. p. es. PACCHIONI, *Gestione affari altrui* pag. 686, n. 97; BERTOLINI, *Appunti*, pag. 843, n. 3.

⁷⁾ Il mandatario, per esempio, paga un altro debito del mandante, oltre quello che si era assunto di pagare: oppure (cfr. GLÜCK, loc. cit. pag. 31) il mandatario che aveva assunto di curare il giardino del mandante durante la di lui assenza intraprende anche una riparazione necessaria alla casa del medesimo.

neg. gest. contraria⁸⁾. Molti però degli antichi interpreti non facevano codesta distinzione⁹ ritenendo, probabilmente, che, ammessa l'esistenza e l'efficacia di un divieto (tacito) di gestione nella prima forma di eccesso, si dovesse ammetterla anche nella seconda, nonostante la contraddizione di un luogo delle Fonti.

A mio avviso, l'opinione comunemente ricevuta, che in una o in ambedue le forme di eccesso di mandato, quali vengono determinate dagli scrittori accennati, si agisca contro un divieto di gestione del mandante-interessato, non ha fondamento. Il divieto di gestione non può desumersi dalle determinazioni, sia pure concepite in forma negativa o proibitiva¹⁰⁾ del mandato; esse indicano soltanto, quando il mandato sarà o non sarà adempito. Perchè vi sia divieto di gestione in rapporto a quanto esce fuori dei limiti di un mandato, occorre un'altra distinta dichiarazione, magari congiunta al mandato, ma rivolta alla gestione; per la quale, in modo espresso, la gestione stessa risulti non voluta¹¹⁾. Altrimenti è sempre aperto l'adito a ritenere, specialmente nei casi in cui la gestione risulta vantaggiosa in confronto dell'esecuzione del mandato, che l'atto fuori dei limiti del mandato non è contrario alla volontà del mandante come atto di gestione. E poi bisognerebbe ammettere, in generale, che il divieto di gestione potesse esser tacito e non precisamente diretto a interdirlo: ciò che per il diritto giustiniano non è ammissibile, già per le particolarità della nota costituzione di Giustiniano¹²⁾. Non escludo, naturalmente, che anche la semplice notizia che il dominus negotii è contrario o si è in qualsiasi modo manifestato contrario alla gestione, abbia importanza nella

⁸⁾ GLÜCK, loc. cit. pag. 31. alla nota 98.

⁹⁾ Cfr. HUBERO, cit dal GLÜCK, loc. cit.

¹⁰⁾ Do incarico, per esempio, di pagare il debito di 100 che ho verso una persona, avvertendo il mandatario di non pagare (proibendo al mandatario di pagare) un altro debito di 1000 che ho verso la stessa persona.

¹¹⁾ Richiamiamo il caso fatto alla nota precedente e quello fatto alla nota 3 in f. del § 1. Se dopo aver proibito al mandatario di pagare il debito di 1000 o di comprare per 100 mila più uno, il mandante, prevedendo la possibilità di una gestione e ad essa riferendosi, soggiunge (seriamente, s'intende) che il pagamento o la compra avverrà nell'esclusivo interesse del mandatario; allora, e soltanto allora, vi è divieto di gestione. In senso contrario, ma (se non erro) già alquanto diverso dalla dottrina comune, nonostante vi sia richiamata come avente pratico valore la distinzione tra *agere praeter* e *agere contra mandatum*, PACCHIONI, loc. cit.

¹²⁾ c. ult. C. de neg. gestis, 2. 18.

determinazione dell'*utiliter gestum*, a termini del fr. 9 D. de neg. gestis 3. 5; e anche nella determinazione della imputabilità per casi fortuiti, a termini del fr. 10 D. eod. Affermo soltanto che non si devono confondere questi effetti¹³⁾ con quello, tanto più grave, della esclusione dell'*actio neg. gest. contraria*. Per impedire l'*actio neg. gest. contraria*, la volontà del dominus negotii deve, in ogni caso, manifestarsi in una maniera apposita ed espressa, anche a prescindere dalla formalità dell'*attestatio* imposta da Giustiniano. Onde poi la conseguenza che, quando l'atto del gestore ha origine in un mandato che egli è venuto a sorpassare, la volontà del mandante che intende determinare l'esclusione dell'*actio neg. gest. contraria*, deve manifestarsi più pienamente¹⁴⁾ di quel che farebbe per determinare i limiti del mandato. Come ho detto, non vi è altro ostacolo a ravvisare un gestore nel mandatario che avendo ecceduto assume a suo carico gli effetti economici dell'eccesso, se non quello che deriva dal disposto di legge che nella stessa ipotesi considera il mandatario che eccede come se avesse adempito il mandato. Chi accoglie tale disposto di legge non può, di certo, parlare di gestione; perchè ciò che si fa in esecuzione di un mandato è fuori di gestione. Ma, badiamo bene, non si può pensare che le determinazioni del mandato, le quali, secondo il disposto di legge accennato, non valgono, se violate, ad escludere l'adempimento del contratto, valgano tuttavia, nella stessa ipotesi, ad affermare un divieto di gestione.

7. Il caso del fr. 45 § 4 D. 17. 1, che il Riccobono¹⁾ ha visto molto bene essere un caso di eccesso, risulta assai diverso dai casi di compra e di fideiussione per una somma superiore a quella indicata dal mandante, dei quali si occupano gli altri luoghi delle Fonti. Nella compra e nella fideiussione per somma eccedente il mandato, l'atto del mandatario produce un danno che costui viene ad eliminare, dichiarandosi pronto a sopportarne le conseguenze economiche. Nel caso invece del fr. 45 § 4 D. 17. 1 (espromissione seguita da pagamento, invece di pagamento immediato) non vi è stato punto danno; e tuttavia l'eccesso vale sempre come inadempimento. La quale affermazione, a

¹³⁾ Cfr. invece p. es. ARNDTS, *Pand.* § 298 note *c* ed *f*.

¹⁴⁾ Cfr. il caso del fr. 14 § 8 D. de relig. 11. 7.

¹⁾ Cfr. sopra § 2 alla nota 5. Cfr. invece il caso del fr. 22 pr. D. mandati 17. 1 sopra riferito.

mio avviso esatissima, torna opportuno confermare con un altro esempio.

Come si sa, il mandatario può anche gerire l'affare di cui venne incaricato per mezzo di altre persone; ma egli risponde della cattiva gestione, se è in colpa nella scelta delle persone sostituite ²⁾. Se poi gli era stato fatto divieto di sostituire altre persone, il mandato è ineseguito; anche se l'opera promessa venne prestata tanto esattamente, quanto avrebbe potuto prestarla il mandatario in persona. Di conseguenza, pur non essendovi luogo all'actio mandati directa ³⁾, il mandatario non può allora valersi dell'actio mandati contraria; può valersi soltanto dell'actio neg. gest. contraria, sebbene essa conduca allo stesso risultato dell'altra.

MUZIO PAMPALONI.

²⁾ Cfr. p. es. ARNDTS, *Pand.* § 202 e fr. 11 D. comm. 13. 6. — Nella gestione invece il gestore è sempre responsabile. E però difficilmente potranno aversi per genuine le parole *quod imprudenter eum elegeris* del fr. 20 § 3 D. de neg. gestis 3. 5; glossema o interpolazione che siano.

³⁾ Fr. 8 § 6 D. h. t. 17. 1. Cfr. nota 2 del § 1.

LA MALA FEDE CON L'INIZIO DELLA LITE

NELLA « HEREDITATIS PETITIO »

Sommario. — I. Obbietto delle nostre indagini. — II. La costituzione in mala fede del convenuto di buona fede « post controversiam motam » nel fr. 25 § 7, 5, 3 è una interpolazione. — III. L'aggravamento della situazione del convenuto nella « hereditatis petitio » classica. — IV. I compilatori interpolarono anche il fr. 20 § 11, 5, 3. — V. Ed il fr. 31 § 3, eod. — VI. Probabile origine e valore della riforma di Giustiniano.

I. — In tre frammenti, estratti dal lib. XV del commentario di Ulpiano « ad edictum », si dice, che era diritto vigente al momento in cui il giurista scriveva, che con la notizia, comunque avuta, dell'inizio del giudizio di petizione di eredità, il convenuto di buona fede cominciava ad aver coscienza di possedere una « hereditas », che non gli appartenesse, e pertanto diventava di mala fede:

fr. 25 § 7, *de hereditatis petitione*, 5, 3:

« Si ante litem contestatam », inquit, « fecerit »: hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam. quamquam enim litis contestatae mentio fiat in senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur. et hoc iure hodie utimur: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur. qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus »;

fr. 20 § 11, eod.:

« Petitam autem hereditatem » et cetera: id est ex quo quis scit a se peti: nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor. « id est cum primum aut denuntiatum esset »: quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denunciavit, an incipiat usuras debere pecuniae redactae? et puto debere: coepit enim malae fidei possessor esse. sed ponamus

denuntiatus esse, non tamen scit, quia non ipsi, sed procuratori eius denuntiatus est: senatus ipsi denunciari exigit et ideo non nocebit, nisi forte is cui denuntiatus est eum certioraverit, sed non si certiorare potuit nec fecit. a quo denuntiatus est senatus non exigit: quicumque ergo fuit qui denunciavit, nocebit »;

fr. 31 § 3, eod.:

« Sicut autem sumptum quem fecit deducit, ita si facere debuit nec fecit, culpa huius reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querellae subiectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est ».

Or noi crediamo di poter dimostrare che il diritto classico era tutt'altro; che quello che si legge in quei testi appartiene a Giustiniano.

II. — Nel fr. 25 § 7, ad illustrazione di un disposto del senatoconsulto giuvenziano ¹⁾, si comincia col dire che dopo la contestazione della lite, anzi all'inizio della medesima, tutti i possessori diventano di mala fede: « Si ante litem contestatam », inquit, « fecerit »: hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam ». Nella proposizione seguente, che funge da glossa a quella, troviamo la stessa affermazione: « quamquam enim litis contestatae mentio fiat in senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur » Il principio suggella la formula, assai in uso presso i classici, « et hoc iure hodie utimur » ²⁾, che lo addita come il vigente nella prassi, e la motivazione « coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is qui interpellatur ».

Fermiamoci a questa.

¹⁾ Fr. 20 § 6 c, eod.: « Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent: . . ».

²⁾ La s' incontra, questa formula, nonché le similari « eo, quo, certo, alio iure utimur », molte volte nelle Istituzioni di Gaio (I, 80, 135; II, 126, 154; III, 179, etc.), nei Frammenti Vaticani (120; 125; 127; 133 etc.) e in testi genuini del Digesto (fr. 13 § 1, de fundo dotali, 23, 5, Ulpianus lib. V de adulteriis; fr. 6 § 1, de liberis et postumis heredibus etc., 28, 2, Ulpianus lib. III ad Sabinum; fr. 7, eod., Paulus lib. I ad Sabinum; fr. 3 § 3, de aqua et aquae pluviae arcendae, 39, 3, Ulpianus lib. LIII ad edictum, etc.). Sull'uso ed il significato di tali formule negli scritti dei giureconsulti classici, confr. il KREYSSIG, *De auctorum et commentatorum verbis in digestorum interpretatione distinguendis observationes*, pagg. 41-42.

Formalmente ci si presenta difettosa per l'inelegante cumulo «... se... se is qui». Sostanzialmente poi, non va affatto. Vi si dice, infatti, che colui il quale vien chiamato in giudizio, quindi anche il «*malae fidei possessor*», comincia a sapere di possedere cosa non propria! Ed anche quando la si volesse riferire al solo convenuto di buona fede, non potremmo accoglierla come *ulpianea*. Il processo civile classico, infatti, iniziavasi, com'è noto, con la «*in ius vocatio*» o con il «*vadimonium*»¹⁾. Or il possessore di buona fede, che fosse stato chiamato «*in ius*», oppure si fosse obbligato a comparirvi mediante il «*vadimonium*», se era di già a conoscenza della pretesa dell'attore²⁾, evidentemente non perciò diventava di mala fede. La convinzione della disonestà del suo possesso egli non poteva formarsi che più tardi, «*in iudicio*», quando il giudice avesse proceduto allo esame e alla valutazione delle prove. Tutt'al più, la chiamata in giu-

¹⁾ L'inattendibilità della notizia di AURELIO VITTORE (*Caesares*, c. 16), che da Marco Aurelio venne «... legum ambigua mire distincta vadimoniorumque solumni remoto denuntiandae litis operiendaeque ad diem commodi ius introductum...», è stata a nostro credere splendidamente provata, sulle orme del LENEL (*Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, nella *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Roman. Abteilung*, Bd. II, pag. 45, n. 83), dal KIPP (*Die Litisdenuntiation als Prozesseinleitungsform im römischen Civilprozess*, pagg. 170-173, 175-184). Il «*vadimonium*» rimase per tutta l'epoca classica, e senza che subisse modificazioni, un modo di inizio del processo civile ordinario; la «*litis denuntiatio*» non poté comparire che nella seconda metà del secolo terzo (cfr. KIPP, op. cit., pagg. 175-184). L'EISELE (*Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, XII, *Zur Geschichte der Ladungs-Denuntiation*) è anch'egli per l'inattendibilità di quel che dice AURELIO VITTORE, ritiene però che la «*litis denuntiatio*» fu nota al processo civile classico. Sono invece per la verità di quella notizia, quantunque non d'accordo nell'interpretarla, il BETHMANN-HOLLWEG (*Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, Bd. II, pagg. 201-202), il WIEDING (*Der justinianische Libelprozess*, pagg. 587-593) ed il BARON (*Abhandlungen aus dem römischen Civilprozess*, III, *Der Denuntiationsprozess*, pagg. 68-93). Dubbioso il KELLER (*Der römische Civilprozess und die Actionen*, VI Ausgabe bearbeitet von WACH, pagg. 244-247).

²⁾ Per la validità della «*in ius vocatio*» non richiedevasi che l'attore informasse il convenuto della sua pretesa (confr. per tutti il KIPP, op. cit., pagg. 107-109), ma alla «*in ius vocatio*» precedeva la «*editio actionis*». La estragiudizialità dell'«*editio actionis*» è stata sostenuta con argomenti a nostro avviso inoppugnabili, dal LENEL (*Die Form der Litiscontestatio im Formularprozess*, nella *Zeitschrift cit., Abteilung cit.*, Bd. XV, pagg. 385-388; e *Das Edictum perpetuum*, II Aufl., pag. 60). Pel «*vadimonium*», se anche ad esso non precedeva la «*editio actionis*», ciò che non ci sembra probabile, è ben naturale il pensare che l'attore, prima di fare la stipulazione, dicesse al convenuto del suo desiderio giuridico.

dizio poteva seminare nell'animo del possessore di buona fede il dubbio sulla bontà del suo diritto, dubbio che l'analisi preliminare della pretesa dell'attore, che faceva il magistrato onde concedere o negare la formula, poteva bene alimentare, ma la *certezza* di possedere cosa non propria non poteva acquistarsi che « in iudicio ». Questa situazione psicologica del convenuto di buona fede troviamo ancora rilevata, e con classica precisione, in una cost. di Costantino, nella c. 10, C. I. *de acquirenda et retinenda possessione*, 7, 32, dell'anno 314:

« Nemo ambigit possessionis duplicem esse rationem, aliam quae iure consistit, aliam quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium adversariorum silentio ac taciturnitate firmetur: interpellatione vero et controversia progressa non posse eum intellegi possessorem, qui, licet corpore teneat, *tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet* ».

Pertanto, la motivazione « coepit enim... interpellatur » non può appartenere che ai commissari di Giustiniano.

Fissato questo punto, non ci sarà difficile procedere alla critica di quegli altri due brani della l. 25 § 7. Nel primo di essi ci si dice che con l'inizio della lite tutti i possessori diventano di mala fede. Or a parte che Ulpiano non avrebbe detto che *tutti* i possessori, quindi anche quello di mala fede, diventano di mala fede, quella proposizione, anche riferendola al solo convenuto di buona fede, per più grave ragione non è attribuibile al giurista classico. Se infatti il « bonae fidei possessor » la coscienza di possedere cosa aliena poteva formarsela solo « in iudicio », non poteva diventare di mala fede « post controversiam motam ». Dunque, anche il tratto « omnes... motam »¹⁾ proviene dai compilatori. E neppure l'altro « quamquam...

¹⁾ La frase « controversia mota », ed evidentemente nel significato che ha nel fr. 25 § 7, è interpolata nel fr. 20 § 12, eod., Ulpianus lib. XV ad edictum (confr. A. FABRO, *Rationalia in Pandectas*, tom. II, pagg. 255-256 [Lugduni, 1659], che è però dubbioso; ma l'interpolazione per il tratto « nisi forte... post motam controversiam » provano splendidamente e il contenuto e i molti segni formali che vi si riscontrano), e nel fr. 17, eod., Gaius lib. VI ad edictum provinciale (confr. A. FABRO, *Rationalia* cit., tom. III, pag. 335 [Aurelianae, 1626], che ritiene però interpolato il testo solo da « sed cum cessante » alla fine; meglio il GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, pagg. 36, 94-97, che riesce anche a ricostruire, e a nostro avviso esattamente, l'originale gaiano; confr. anche LENEL, *Paltingenesia iuris civilis*, vol. I, col. 200, n. 1; FERRINI, *Note critiche ed esegetiche*, Li-

utimur » si può ascrivere ad Ulpiano. Perciocchè anche in esso si dice che *tutti* i possessori diventano di mala fede, e con l'inizio della lite. E vi si dice ancora: « et quasi praedones tenentur ». Anche questa è un'affermazione che non poté provenire dalla penna del giurista. Al suo tempo, infatti, si faceva questione se si dovesse o no ritenere il convenuto responsabile del caso fortuito dopo la contestazione della lite; e tale questione, che per le altre azioni si era agitata fra Proculiani¹⁾ e Sabiniani²⁾, la giurisprudenza inclinava a risolvere favorevolmente al possessore di buona fede (Paolo, in fr. 40 pr., 5, 3). Infine, anche la formula « et hoc iure hodie utimur », che chiude il brano in esame, non può essere genuina. Dacchè, se il principio cui essa si riferisce, fu ignoto al diritto classico, in questo testo, come altrove³⁾, venne intrusa dai compilatori al fine di additare all'interprete la norma codificata⁴⁾.

cet ... attamen, nel *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, anno XIV, pag. 216; SECKEL, *Heumanns Handlexicon zu den Quellen des roemischen Rechts*, IX Aufl., ad v. « licet »; dubbioso invece il KUEBLER, nel *Vocabularium iurisprudentiae romanae iussu instituti savigniani compositum*, tom. I, ad v. « controversia », col. 1069. Pertanto, nel fr. 17 si ha un'applicazione del principio che ascriviamo a Giustiniano, che il possessore di buona fede « post controversiam motam » diventa di mala fede; e il fr. 20 § 12 prova che anche pel « malae fidei possessor » il momento processuale in cui la sua condizione diveniva peggiore era lo inizio della lite.

¹⁾ Sulla forma « Proculiani », confr. BAVIERA, *Scritti giuridici*, vol. I, p. 112, n. 1.

²⁾ Che questa controversia fu una delle controversie fra le due celebri scuole di diritto di Roma, la proculiana e la sabiniana (sulle quali vedasi il pregevole lavoro del BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*), troviamo nettamente rilevato dal sommo CUIACIO, *Opera omnia* (Napoli. 1758), tom. I, col. 1348, tom. V, coll. 275-277, 279-280, tom. VII, coll. 265, 642-644, tom. VIII, col. 938; confr. anche KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem roemischem Recht*, pag. 170, n. 4. Fra i testi relativi (v. Cuiacio e Keller in opere e luoghi citati), i più evidenti sono: fr. 14 § 1, depositi vel contra, 16, 3. Gaius lib. IX ad edictum provinciale (insospettabile per la parte che ci riguarda [v. i fr. seguenti]; dubbioso sulla genuinità di qualche punto del testo, il FABRO A., *Coniecturae iuris civilis*, Lugduni. 1661, pagg. 603, 609; per la chiusa « utique ... actori », vedasi anche il PERNICE, *Latino, roemisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II Bd., Abt. II, I, pag. 140 e n. 1); fr. 40 pr., de hereditatis petitione, 5, 3, Paulus lib. XX ad edictum; fr. 15 § 3, de rei vindicatione, 6, 1, Ulpianus lib. XVI ad edictum (interpolato nella seconda parte, confr. A. FABRO, *Coniecturae cit.*, pag. 608; PERNICE, op. cit., pagg. 21, n. 2, 79-80, 140, n. 1).

³⁾ Ad es. nel fr. 2, de acquirenda vel amittenda possessione, 41, 2, Ulpianus lib. LXX ad edictum (confr. ALIBRANDI, *Opere giuridiche e storiche*, vol. I, pag. 278;

⁴⁾ Vedi nota 1 a pagina seguente.

III. — Ma qual'era allora il diritto classico? Quale fu, al tempo di Ulpiano, nel giudizio di petizione di eredità, il momento processuale in cui si aggravava la situazione del convenuto? La risposta a tale quesito, e nel contempo la prova più evidente della interpolazione di quel che si rileva nel fr. 25 § 7, che cioè negli ultimi momenti dell'epoca classica l'aumento della responsabilità del convenuto di buona fede per la petizione di eredità avveniva « post controversiam motam » e non più « post litem contestatam », la si rinviene nel fr. 25 § 7 medesimo. Vi si dice infatti, ancora ed infine: « qui vero praedo est, *ET ante litem contestatam* doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus » Dunque, anche per la « hereditatis petitio », per tutto il periodo aureo del diritto di Roma, ebbe vigore il principio fondamentale del processo formulare, che la condizione del convenuto diveniva peggiore con la contestazione della lite. E che tale norma fu sempre la dominante, oltrechè da quel brano prezioso del commentario ulpiano, sfuggito alle cesoie inesorabili dei rappresentanti di Giustiniano, scaturisce altresì, e con tutta evidenza,

KNIEP, *Die vacua possessio*, pag. 232; FERRINI, *Manuale di Pandette*, pag. 323, n. 4). Ed anche delle analoghe « eo », « quo », etc. « iure utimur », si servirono i compilatori per il fine che abbiamo indicato nel testo. Così, ad es., l'« eoque iure utimur » è interpolato nel fr. 26 (25), ad senatusconsultum trebellianum, 36, 1, Iulianus lib. XXXIX digestorum (confr. FERRINI, *Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*, pagg. 384-386), e nel fr. 6 § 1, de aqua et aquae pluviae arcendae, 39, 3, Ulpianus lib. LIII ad edictum (confr. BAVIERA, *Scritti giuridici*, vol. 1, pagg. 162-166); il « quo iure utimur » nel fr. 114 § 4, de legatis et fideicommissis, 30, Marcianus lib. VIII institutionum (confr. A. FABRO, *Coniecturae* cit., pagg. 623-624; FERRINI, *Legati e fedecommissi* cit., pag. 100), e nel § 3, I. de locatione et conductione, 3, 24 (confr. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno XIII, pag. 179); lo « alio iure utimur » nel fr. 21, de re iudicata et de effectu sentent., 42, 1, Paulus lib. VI ad Plautium (confr. RICCOBONO, *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium*, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno VI, pagg. 125-131; *Lezioni di istituzioni di diritto romano*, 1906 [non in commercio], pag. 317, n. 4; confr. anche DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio ad Quintum Mucium*, II, pagg. 91-94. L'APPLETON H., *Des Interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir*, pag. 3, n. 1, ritiene invece che i compilatori abbiano soppresso lo « alio iure utimur » nel fr. 17 pr., sol. matr. dos quem d. pet., 24, 3, Paulus lib. VII ad Sabinum, ed abbiano dimenticato di sopprimerlo nel fr. 21, 42, 1!).

¹⁾ Della genuinità del testo in esame, non ha dubitato, se noi abbiamo ben visto, che il WLAŠAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, nella *Zeitschrift* cit., *Abteilung* cit., XXV Bd., pag. 169, n. 1. L'illustre romanista tedesco però dice solo che il frammento è « vermutlich interpoliert ».

da una serie di testi appartenenti ad imperatori e a giureconsulti dell' epoca classica¹⁾:

fr. 41 pr., eod., Gaius lib. VI *ad edictum provinciale*:

« Si quo tempore conveniebatur possessor hereditatis, pauciores res possidebat, deinde aliarum quoque rerum possessionem adsumpsit, eas quoque victus restituere debebit, sive ante acceptum iudicium sive postea adquisierit possessionem... »;

c. 1, C. I. *de petitione hereditatis*, 3, 31, Imp. Titus Aelius Antoninus, a. 170:

« Senatus consultum auctore divo Hadriano avo meo factum, quo cautum est, quid et ex quo tempore evicta hereditate restitui debeat, non solum ad fisci causas, sed etiam ad privatos hereditatis petitores pertinet. 1. Usuras vero pecuniarum ante litis contestationem ex die venditionis hereditariarum rerum ab eo factae qui antea possidebat collectas nec non etiam fructus bonae fidei possessores reddere cogendi non sunt, nisi ex his locupletiores extiterunt. 2. Post litem autem contestatam tam fructus non venditarum rerum, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras pretii rerum ante litis contestationem venditarum ex die contestationis computandas omnimodo reddere compellantur »;

fr. 51 § 1, eod., Papinianus lib. II *responsorum*:

« Fructuum post hereditatem petitam perceptorum usurae non praestantur: diversa ratio est eorum, qui ante actionem hereditatis illatam percepti hereditatem auxerunt »;

c. 1, C. Greg. *de petitione hereditatis*, III, 5, Imp. Antoninus, a. 212:

« Fructus ante litem contestatam perceptos malae fidei possessores restituere placuit »;

¹⁾ Citiamo solo quelli che, almeno per la parte che c' interessa, riteniamo genuini. Omettiamo quelli che ci sembrano sospetti (fr. 41, ad legem falcidiam, 35, 2, Paulus lib. IX ad edictum; fr. 4 § 2, si cui plus quam per legem falcidiam, etc., 35, 3, Paulus lib. LXXV ad edictum; c. 2, C. I. *de petitione hereditatis*, 3, 31, Imp. Severus et Antoninus, a. 200; conterrebbero applicazioni del principio che attribuiamo a Giustiniano, della costituzione in mala fede del convenuto di buona fede con l' inizio della lite), gl' interpolati (vedi sopra, pag. 233, n. 1), e quelli contenenti applicazioni dell' ultimo capo [fr. 20 § 6 d, 5, 3] del senatoconsulto giuvenziano (fr. 17, de his quae ut indignis auferuntur, 34, 9, Papinianus lib. XIII responsorum; 13 pr., eod., Papinianus lib. XV responsorum; 38 pr., de iure fisci, 49, 14, Papinianus lib. XIII responsorum; c. 1, C. I. *de his quibus ut indignis auferuntur* etc., 6, 35, Imp. Severus et Antoninus, a. 204).

fr. 27 pr., eod., Ulpianus lib. XV *ad edictum*:

« Ancillarum etiam partus et partuum partus quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem: quippe cum ea omnia fiunt hereditaria, dubium non est, quin ea possessor, si aut possideat aut post petitam hereditatem dolo malo fecit quo minus possideret, debeat restituere »;

Paulus, *Sententiae*, lib. I, XIII b, 4:

« Petitio hereditatis, cuius defunctus litem non erat contestatus, ad heredem non transmittitur »;

fr. 40 pr., eod., Paulus lib. XX *ad edictum*:

« Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? damnari debet secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet: Cassius contra sensit. in praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere ».

E quale fu la ragione, per la quale, nel processo civile classico, l'aggravamento della situazione del convenuto venne ricollegato al momento della contestazione della lite? Perchè, tra l'altro, ed anche per la petizione di eredità (fr. 40 pr., 5, 3), si dice, che dopo accettato il giudizio, deve restituirsi all'attore tutto quanto questi avrebbe avuto se la cosa gli fosse stata restituita al tempo in cui contestava la lite col reo?¹⁾ Non certo, per il convenuto di buona fede, come

¹⁾ Confr. fr. 20, de rei vindicatione, 6, 1, Gaius lib. VII *ad edictum* provinciale; fr. 35 § 1, eod., Paulus lib. XXI *ad edictum*; fr. 35, de verborum significatione, 50, 16, Paulus lib. XVII *ad edictum*; fr. 19 § 1, de usuris et fructibus et causis etc., 22, 1, Gaius lib. VI *ad legem XII tabularum*; fr. 12 § 3, de positi vel contra, 16, 3, Pomponius lib. XXII *ad Sabinum*; fr. 2, de usuris et fructibus et causis etc. 22, 1, Papinianus lib. VI *quaestionum*, etc.

Sulla grave e tanto vessata questione della forma della « litis contestatio » nel processo formulare (per la letteratura v. il KELLER, *Ueber Litts Contestation und Urtheil nach classischem römischem Recht*, pagg. 15-31; e il BUSZ, *Die Form der Littscontestatio im klassischen römischen Recht*, pagg. 2-7), opiniamo col

nel fr. 25 § 7 si dice che era prima della riforma che attribuiamo a Giustiniano, perchè con la « *litis contestatio* » cominciasse ad esser di mala fede, poichè la coscienza di possedere cosa non propria non poteva formarsela che più tardi, « *in iudicio* », quando il giudice avesse esaminate e vagliate le prove. Come dice ancora Costantino nella cost. 10 C. I. *de acquirenda et retinenda possessione*, 7, 32, con la contestazione della lite il possessore di b. f. solo « *super iure possessionis vacillat ac dubitat* ». E Paolo, nel fr. 40 surriferito, esclude una costituzione in mala fede del convenuto di b. f. « *post litem contestatam* », ritenendo con i Sabiniani giusto il non rendere responsabile il « *bonae fidei possessor* » del caso fortuito dopo accettato il giudizio, e motivando la sua opinione nel modo seguente: « *nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere* »¹). La ragione quindi per la quale la condizione del convenuto peggiorava con la contestazione della lite, non potè essere che quella di tutelare ancora meglio gl'interessi dell'attore, quella cioè, che rinveniamo nel fr. 87, *de diversis regulis iuris antiqui*, 50, 17, Paulus lib. XIII *quaestionum*: « *nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit. denique post litem contestatam heredi quoque prospiceretur et heres tenetur ex omnibus causis* ».

IV. — Veniamo ora al fr. 20 § 11.

In questo testo si illustra l'ultimo capo del Giuvenziano, ove si dispone, che l'aumento della responsabilità del convenuto avviene appena questi sa che la « *hereditas* » è stata domandata giudizialmente; appena cioè gli vengon fatte le « *denuntiationes* », oppure vien citato mediante le « *litterae* » o gli « *edicta* »²):

BEKKER (*Ueber Anfang und Ende des « in iure » - Verfahrens im roem. Formularprozess: ius - dicere - litem contestari*, nella *Zeitschrift cit.*, *Abteilung cit.*, Bd. XXVII, v. specialmente le pagg. 35-38; confr. anche Busz, op. cit., pagg. 56-63) che nulla si possa dire allo stato attuale delle fonti.

¹) Così già, con la solita meravigliosa acutezza, il SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. SCIALOJA, vol. VI, pagg. 101-102. Per spiegare però le affermazioni in contrario di Ulpiano nei fr. 20 § 11, 25 § 7, 31 § 3, ricorre a delle fantastiche spiegazioni (op. cit., vol. cit., pagg. 100-108), che sono in certo modo divenute le dominanti (confr. per tutti il WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, IX Aufl., bearb. von KIPP, I Bd., pag. 631, n. 5).

²) Per noi è indubbio che le « *denuntiationes* », le « *litterae* » e gli « *edicta* » furono tre forme autonome, in cui poteva aver luogo la « *evocatio* »: confr. ad es.

fr. 20 § 6 d., eod., Ulpianus lib. XV *ad edictum*:

« *Petitam autem aerario* [Dig.: fisco ¹⁾] hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset... »;

fr. 20 § 11, eod.:

« *Petitam autem hereditatem* » et cetera: id est ex quo quis scit a se peti: nam ubi scit, incipit esse malae fidei possessor. « id est cum primum aut denuntiatum esset »: quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denunciavit, an incipiat usuras debere pecuniae reductae? et puto debere: coepit enim malae fidei possessor esse. sed ponamus denuntiatum esse, non tamen scit, quia non ipsi, sed procuratori eius denuntiatum est: senatus ipsi denunciari exigit et ideo non nocebit, nisi forte is cui denuntiatum est eum certioraverit, sed non si certiorare potuit nec fecit. a quo denuntiatum est senatus non exigit: quicumque ergo fuit qui denunciavit, nocebit ».

Or quella norma del Giuvenziano, emanata per l'erario e da Caracalla in poi ²⁾ adattata al fisco, al pari di tutte le altre che il senatoconsulto conteneva, non venne, come queste, estesa dalla giurisprudenza classica alle controversie di eredità fra privati. Ciò è provato splendidamente dalle indagini che abbiamo fatte a proposito del fr. 25 § 7. Evidentemente quindi il brano « *petitam autem hereditatem* » del capo 6 d. del Giuvenziano, che trovasi nel fr. 20 § 11, conteneva anche la parola « *aerario* », che venne espulsa dai compilatori al fine di conferire una portata generale alla disposizione particolare che quel capo incarnava. Nè soltanto a tale soppressione limitossi il lavoro dei rappresentanti di Giustiniano sul fr. in esame. Il principio infatti, che la responsabilità del convenuto si aggravava con la notizia dell' inizio

fr. 4 pr., de requir. vel absent. damn., 48, 17, Macer lib. II de publicis iudiciis; fr. 20 § 6 d., de hereditatis petitione, 5, 3, Ulpianus lib. XV *ad edictum*; fr. 26 § 9, de fideicommissariis libertatibus, 40, 5, Ulpianus lib. V *fideicommissorum*; fr. 5 pr., de poenis, 48, 19, Ulpianus lib. VII de officio proconsulis; Paulus, Sent., V, 5 a, 6 (7); c. 8 C. I. quom. et quando, 7, 43, Diocletianus et Maximianus, a. 290. Su tale questione v. KIPP, op. cit., pagg. 119-143.

¹⁾ Sul sostituirsi del fisco all'erario per quel che riguarda i « caduca », v. le recenti osservazioni del MITTEIS, *Roemisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I Band, pag. 353, n. 10.

²⁾ Confr. MITTEIS, op. cit., loc. cit.

della lite avuta per mezzo di una qualunque delle forme della « evocatio », troviamo in quel testo giustificato così:

«... nam ubi scit (a se peti), incipit esse malae fidei possessor...».

E subito dopo, coerentemente a tale motivazione, al quesito se dovesse il convenuto di buona fede incominciare ad esser tenuto per le usure ricavate dal prezzo delle cose ereditarie distratte, quando avesse saputo che la « hereditas » era stata domandata giudizialmente¹⁾, ma non gli fossero state fatte le « denuntiationes », si dà la soluzione seguente:

«... et puto debere: coepit enim malae fidei possessor esse...».

Or che la pura e semplice notizia, che la « hereditas » fosse stata chiesta giudizialmente, sia avuta per mezzo del magistrato in una delle forme della « evocatio », sia per qualsiasi altro mezzo, non potesse convincere il convenuto di buona fede di possedere una eredità che non gli appartenesse, non è chi non vegga; che il giurista classico avesse giustificato il disposto del Giuvenziano con quelle motivazioni, a prescindere dalla loro intrinseca erroneità, per altra ed assai grave ragione non possiamo ammettere.

Nella seconda parte del testo in esame, infatti, si dice:

«... sed ponamus denuntiatum esse, non tamen scit, quia non ipsi, sed procuratori eius denuntiatum est: *senatus ipsi denuntiari exigit et ideo non nocebit*, (nisi forte is cui denuntiatum est eum certioraverit, sed non si certiorare potuit nec fecit)²⁾. *a quo denuntiatum est senatus non exigit*: quicumque ergo fuit qui denuntiavit, nocebit».

Dunque, dal fr. risulta che al momento in cui Ulpiano scriveva, l'ultimo capo del Giuvenziano aveva vigore ancora in tutte le sue parti; che cioè per l'aumento della responsabilità del convenuto richiedevasi anche che le « denuntiationes » avessero avuto luogo, persino che fossero state fatte al convenuto personalmente.

Guardiamo ora da vicino le due motivazioni:

« *Petitam autem hereditatem* » et cetera: id est ex quo quis scit a se peti: NAM UBI SCIT, INCIPIT ESSE MALAE FIDEI POSSESSOR. « id est

¹⁾ Che nella proposizione « *quid ergo... redactae* » si presupponga la lite effettivamente iniziata, si rileva dalla proposizione precedente, ove il « peti » ha evidentemente quel significato.

²⁾ Che il tratto « *nisi forte... nec fecit* » discenda da compilatori, è stato di già rilevato dal GRADENWITZ, op. cit., pag. 235, cui accede il LENEL, *Palingenesia*, II, col. 501, n. 1.

cum primum aut denunciatum esset»: quid ergo si scit quidem, nemo autem ei denunciavit, an incipiat usuras debere pecuniae redactae? et puto debere: COEPIT ENIM MALAE FIDEI POSSESSOR ESSE...».

Esse scolpiscono il principio che il possessore di buona fede, con la scienza *comunque* avuta dell' inizio della lite, diventava di mala fede. Dunque, anche quando le « denuntiationes » non avessero avuto luogo, il convenuto di buona fede, che fosse venuto a conoscenza dell' inizio della lite, cadeva in mala fede, e pertanto incominciava ad aggravarsi la sua responsabilità. Or è evidente che Ulpiano non poteva giustificare la norma del Giuvenziano con un principio che conduceva alla negazione della qualità di requisito per l'aumento della responsabilità del convenuto all'elemento delle avvenute « denuntiationes ». Pertanto la prima motivazione, e conseguentemente anche la seconda¹⁾, appartengono ai compilatori e non al giurista classico; anche in questo frammento cioè è del diritto giustiniano il principio che il convenuto di buona fede diventava di mala fede con l' inizio della lite.

V. — Assai facile è il compito nostro di fronte al fr. 31 § 3. Anche prescindendo, infatti, da qualsiasi considerazione che potremmo fare in base ai risultati ottenuti dall'esame critico degli altri due testi, i sicuri giustinianismi che in quel fr., e precisamente nel tratto « nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querellae subiectus est ante petitam hereditatem: postea vero et ipse praedo est », si riscontrano, quali il « nisi » e l'indicativo « est »²⁾, la costruzione « nisi... tunc enim »³⁾, la frase « nulli querellae su-

¹⁾ La forma « puto » non è contro la diagnosi d' interpolazione, dacchè talvolta i compilatori si servirono di tale espressione di opinamento in singolare per inserire nei testi classici i principii del loro diritto. Confr. ad es. i frammenti 13 § 5, de usufructu etc., 7, 1, Ulpianus lib. XVIII ad Sabinum; 12 § 2, de usu et habitatione, 7, 8, Ulpianus lib. XVII ad Sabinum, nei quali quella forma, come ha dimostrato splendidamente il RICCORONO (*Sull' « Usus », negli Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto*, pubblicati in onore di Vittorio Scialoja, vol. I. pagg. 594, n. 2, 596-599) appartiene ai compilatori.

²⁾ Sul « nisi », spesso con l'indicativo, quale forma prediletta dei bizantini, confr. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, I *Beitrag*, nella *Zeitschrift cit.*, *Abteilung cit.*, Bd. X, pagg. 296-322; II *Beitrag*, nella *Zeitschrift cit.*, *Abteilung cit.*, Bd. XI, pagg. 25-30; III *Beitrag*, nella *Zeitschrift cit.*, *Abteilung cit.*, Bd. XIII, pagg. 151-156; LONGO, *Vocabolario delle costituzioni latine di Giustiniano*, nel *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, anno X, ad h. v.; SECKEL, *Heumanns Handlexicon cit.*, ad h. v.

³⁾ Su tale costruzione e sulla similare « nisi... tunc etenim », confr. EISELE, *Zur Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex* nella *Zett-*

biectus », forniscono la prova la più splendida che anche quel brano è dovuto alla penna dei compilatori.

Pertanto:

a) anche in quel testo la trasformazione del « bonae fidei possessor » in « praedo », « post petitam hereditatem », è dei compilatori;

b) la frase « ante petitam hereditatem » non ha il senso classico, tecnico, di « ante litem hereditatis contestatam » ¹⁾, ma invece ha evidentemente quello stesso significato che ha l'altra « post controversiam motam » del 25 fr. § 7; indica cioè l'inizio della lite.

VI. — Ci resta, infine, da guardare un po' da vicino la innovazione di Giustiniano. In quanto alla sua origine, è notevole che in una costituzione di Valentiniano e Valente dell'anno 369, che abbiamo nel codice teodosiano, si dice:

c. 1, C. Th., *de fructibus et litis expensis*, IV, 18:

« Litigator victus, quem invasorem alienae rei praedonemve constabit, sed et qui post conventionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur nec tantum simplorum fructuum praestationem aut eorum quos ipse percepit agnoscat, sed duplos fructus et eos, quos percipi oportuisset, non quos eum redegisse constabit, exsolvat. Et praedoni quidem ratio a die invasi loci usque ad exitum litis habeatur; ei vero, qui simpliciter tenet, *ex eo, quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit*. Heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est. Addimus etiam, ut impensas sumptusque litis re ad finem deducta petitoribus praestent... »;

e che questa cost., per la parte che c' interessa, venne accolta integralmente nel codice giustiniano:

c. 2, C. I., *de fructibus et litis expensis*, 7, 51:

« Litigator victus, qui post conventionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur nec tantum fructuum praestatio-

schrift cit., *Abteilung* cit., Rd. VII, pagg. 26-28; *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, I *Beitrag*, nella *Zeitschrift* cit., *Abteilung* cit., Bd. X, passim; LONGO, *Vocabolario* cit., ad v. « nisi »; SECKEL, *Heumanns Handlexicon* cit., ad v. « tunc », n. 2.

¹⁾ Confr. le buone osservazioni in proposito del KELLER, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem roem. Recht*, pagg. 66-69.

nem aut eorum quos ipse percepit agnoscat, sed eos, quos percipi oportuisse, non quos eum redegissee constabit, exsolvat *ex eo, ex quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit*...».

Probabilmente dunque tale costituzione non fu estranea alla riforma di Giustiniano che abbiamo messa in luce. In quanto poi al valore di questa riforma, è facile accorgersi che essa poggia su una base assolutamente erronea. È evidente, infatti, che la pura e semplice notizia che era stata intentata l'azione di petizione di eredità, non poteva ingenerare nel possessore di buona fede la convinzione di possedere una « hereditas » che non gli appartenesse. Or, se le Pandette fossero state un'opera scientifica dei compilatori, avremmo detto solo che nei testi, cui abbiamo esaminati, non si contiene se non una loro erronea opinione, un loro erroneo apprezzamento. Le Pandette però, è risaputo, furono compilate per servire da codice, e furono il codice per eccellenza di Giustiniano. Pertanto il principio, contenuto nei frammenti 25 § 7, 20 § 11, 31 § 3, che nella « hereditatis petitio » il possessore di buona fede diventa di mala fede con la notizia, comunque avuta, dell'inizio della lite, acquista valore di presunzione « iuris et de iure »: se il convenuto di b. f. cioè perdeva la lite, si doveva ritenere che egli fosse caduto in mala fede sin dal momento in cui aveva conosciuto che era stato iniziato contro di lui il giudizio di petizione di eredità.

FILIPPO MESSINA VITRANO.

IL FR. 1 § 4 D. XX, 1 (PAPINIANO XI. RESP.)

(Un nuovo caso di obbligazioni naturali)

« Cum praedium uxor viro donasset idque praedium vir pignori dedisset, post divortium mulier possessionem praedii sui recipiavit et idem praedium ob debitum viri pignori dedit, in ea dumtaxat pecunia recte pignus a muliere contractum apparuit quam offerre viro debuit meliore praedio facto, scilicet si maiores sumptus quam fructus fuissent, quos vir ex praedio percepit, etenim in ea quantitate proprium mulier negotium gessisse, non alienum suscepisse videtur ».

Il testo limpidissimo non offre difficoltà alcuna per l'intelligenza dei presupposti e della decisione papiniana; la versione è del seguente tenore.

Avendo la moglie donato un fondo al marito, questi avendolo dato in pegno, dopo il divorzio la donna ricuperò il possesso del suo fondo e diede in pegno lo stesso fondo per il debito del marito.

Il pegno risulta validamente contratto dalla donna, ma per quella somma soltanto che avrebbe dovuto offrire al marito per i miglioramenti del fondo; ciò sempre che siano maggiori le spese che i frutti che il marito percepì dal fondo; per quella quantità infatti la donna non s'addossò un negozio altrui, ma gerì il proprio.

Le linee generali della interpretazione che comunemente si dà del frammento sono le seguenti:

La *pignoris datio* fatta dal marito del fondo donatogli dalla moglie è senza dubbio nulla, non essendo la cosa che ne formava oggetto, in forza del divieto delle donazioni tra coniugi, *in bonis* del marito al tempo della dazione in pegno. Sarebbe parimente invalido il pegno contratto dalla donna, che dopo il divorzio ha recuperato

il possesso del fondo, perchè allora la *pignoris datio* costituisce *intercessio* colpita dal senatoconsulto Velleiano. Il giureconsulto tuttavia, avuto riguardo alle spese che il marito ha sostenuto per migliorare il fondo donato dalla moglie, e diffalcando dalle stesse, per compensazione, il valore dei frutti percetti dallo stesso fondo, risponde che il pegno sarà valido fino all'ammontare di quella somma che la donna avrebbe dovuto rimettere al marito, nel momento che essa ricuperò il possesso del fondo. Rispetto a quella somma, si dice, è evidente che la donna ha gerito un proprio negozio e manca quindi il presupposto principale per dichiarare invalido il pegno in forza del senatoconsulto Velleiano.

Questa interpretazione sembra a prima vista irreprensibile; ma un più attento esame ci persuaderà che essa è manchevole ed insufficiente. Difatti, secondo la interpretazione esposta, la condizione necessaria e sufficiente della validità del pegno è il riconoscimento d'un debito della donna verso quell'uomo, per i miglioramenti fatti da questi nel fondo. Che il giureconsulto ritenga questo elemento fondamentale come presupposto non può revocarsi in dubbio; risulta dalle stesse parole della chiusa del testo, che si riferiscono direttamente a quella condizione: *mulier videtur negotium proprium gessisse*. Ma, d'altra parte, è lecito chiedere: dove sono nel testo gli elementi per riconoscere una obbligazione della donna verso colui che fu suo marito?

L'attenzione degli interpreti avrebbe dovuto rivolgersi su questo punto, o meglio, essi avrebbero dovuto accertare la esistenza e la natura di una tale obbligazione, posto che da essa dipendeva la piena intelligenza del passo di Papiniano. Quella interpretazione ha quindi una lacuna deplorabile, in quanto essa salta a piè pari il nodo della questione. Si sa che il possessore di buona fede non ha azione alcuna per ottenere la restituzione delle spese fatte sulla cosa altrui, ma egli può soltanto opporre nei *iudicia stricti iuris* la *exceptio doli* per la quale è autorizzato a ritenere la cosa se non gli si offre il compenso delle spese fatte. Questo principio va annoverato come uno dei più sicuri per il diritto classico, e le testimonianze che offrono le fonti in proposito sono così esplicite che si è potuto ritenere, e questa volta a torto, che lo stesso principio sia rimasto intatto pure nella codificazione di Giustiniano.

Per il diritto vigente nel periodo classico intanto basta ricordare due testi limpidissimi e saldi, di Giuliano l'uno, dello stesso Papiniano l'altro: dice Giuliano nel fr. 33 D. XII. 6 «... et ideo constat si quis, cum existimaret se heredem esse, insulam hereditariam fulsisset, nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse», e Papiniano nel fr. 48 D. VI. 1. «Sumptus in praedium quod alienum esse apparuit, a bona fide possessore facti, neque ab eo qui praedium donavit, neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita, per officium iudicis, aequitatis ratione servantur».

Dunque con fondata ragione, in base a questi passi, si deve dire che quell'uomo per le spese fatte nel fondo donato a lui dalla moglie non aveva alcun altro mezzo giuridico che la *retentio* del fondo stesso: *nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse*, dice Giuliano, e Papiniano soggiunge che è necessaria la *exceptio doli*.

Nel nostro caso non si parla della *exceptio doli* perchè la donna ricuperò il possesso del suo fondo estragiudizialmente. Questo stato di cose è messo in rilievo dal giureconsulto nella maniera più idonea. La stessa costruzione del periodo lo esprime: *post divortium mulier possessionem praedii sui reciperavit*. Ed invero, mentre pei primi due presupposti di fatto il giurista usa due proposizioni narrative, col soggiuntivo, per questo egli usa l'indicativo; l'andamento del periodo dà così risalto, nella sua seconda parte, a quegli elementi che sono pel responso fondamentali. Ed allora quella coercizione indiretta, mediante la *exceptio doli*, garantita dal diritto al possessore di buona fede per il recupero delle spese fatte su cosa altrui, non potè aver luogo nel caso contemplato da Papiniano; e dacchè quello era l'unico mezzo possibile di cui il marito avrebbe potuto avvalersi, ne segue che la donna, recuperato il proprio fondo, non è vincolata verso il possessore in nessun modo. Dicendo *in nessun modo* adoperiamo per ora la frase di Giuliano, la quale sicuramente tende ad escludere la sopravvivenza di qualsiasi obbligazione civile od onoraria, munita di azione. La *communis opinio* quindi nella interpretazione del nostro testo ha costruito sul vuoto. E sarà sufficiente mettere sotto gli occhi del lettore alcuni tentativi di spiegazione del nostro passo, per misurare le enormi difficoltà che esso ha opposte agli interpreti. in ogni tempo.

La glossa richiama per ispiegare la ineccepibilità del S. C. V. nel responso di Papiniano due altri frammenti: il fr. 27 D. XVI, 1. pr. ed il fr. 21 eod. pr. Il tenore di questi passi è il seguente: « Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus ob ea quae inter virum et uxorem gesta sunt, exceptione S. C. non summovetur » (Papin. Resp. l. III. fr. 27 cit.): « Si pro aliquo mulier intercesserit, sed in rem eius quod acceptum est versaretur, exceptio S. C. locum non habet quia non fit pauperior » (fr. 21. cit.). Ora il richiamo al fr. 27 è inconcludente. Di buona fede infatti si può parlare solo nel fr. citato in cui l'intercessione sostanziale è dissimulata sotto le forme esteriori (ob ea quae *inter virum et uxorem* accepta pecunia gesta sunt), non nel caso nostro in cui si ha intercessione anche esteriormente¹⁾.

Per il fr. 21 poi, richiamato dalla glossa, l'equivoco è evidente, perchè in quest'ultimo passo si suppone che la somma per cui fu prestata garanzia dalla donna andò effettivamente a vantaggio della stessa. La glossa quindi artificiosamente vuole introdurre nel nostro testo un elemento di fatto relevantissimo che Papiniano ignora. Bartolo cerca di spiegare la frase: « in ea dumtaxat pecunia recte pignus a muliere contractum » col principio: *uxor potest rem propriam obligare pro marito quatenus ei tenetur occasione illius rei*. Ma su questa spiegazione non vale la pena insistere dopo quanto abbiamo detto; il *tenetur occasione illius rei* può inoltre tutt'al più valere come una ingenua parafrasi del *proprium negotium gessisse*, di cui noi cerchiamo la ragione.

Nè più soddisfacente è l'interpretazione del Cuiacio²⁾. Egli segue in via generale l'interpretazione già sopra esposta, fa solo una osservazione speciale che però non riguarda la soluzione da noi cercata³⁾. In particolare egli non spiega la causa dell'obbligazione della moglie, che è presupposta senz'altro⁴⁾. Nè di più o meglio offrì il Fabro⁵⁾, che pure è l'unico che in certo modo si sforzò a indagare

¹⁾ Si confronti il fr. 17 D. XVI, 1. pr.

²⁾ I CUIACII, *Opera omnia*, t. IV, p. 1290, Neap. 1758.

³⁾ « Sumptus ergo meliorationum non reputari uxori sed compensari, ut ait, cum fructibus a marito medio tempore perceptis; nam fructus ex praedio donato suis operis adquisitos maritus sane suos facit (fr. 45 D. XXII, 1) sed compensat cum meliorationibus. Qua in re hic maxime § notandus est », loc. cit.

⁴⁾ « Finge igitur mulierem debere marito meliorationes », loc. cit.

⁵⁾ FABRI, *Rationalia in tit. quartae et quintae partis Pand.* Appendix, p. 10 e seg., Aurelianae, 1631.

la causa dell'obbligazione della moglie. Ma si perdette per un falso cammino osservando che il marito, quantunque possessore di mala fede, avesse diritto alla restituzione delle spese, perchè non si potrebbe a lui opporre quanto ai possessori di mala fede si suole opporre, cioè: *videri eos donasse sumptus quos in rem alienam scientes fecerint*, ostando a ciò il divieto delle donazioni tra coniugi¹⁾. Il ripiego è meschino. Pur facendo astrazione della qualifica di possessore di mala fede data al marito,²⁾ non può affermarsi che in quei casi in cui i giuristi usano la frase *videtur donasse* rispetto al possessore di mala fede, come nel fr. 27 § 25 D. 9. 2 e nel fr. 7 § 12 D. XII. 1, si parli di donazione in senso tecnico. Ma, a prescindere da questo, la donna che ha recuperato il fondo migliorato ha quel ch'è suo; una causa civile od onoraria di obbligazione verso il possessore che eseguì i miglioramenti non esiste, ed è quindi inutile discutere oltre se debba o meno ritenersi l'esistenza d'una donazione.

Come si vede dunque nessun artificio riesce a colmare la difficoltà che il testo di Papiniano presenta. E ciò è veramente sorprendente perchè al postutto la spiegazione è semplicissima ed, appena enunciata, richiama alla mente l'aneddoto dell'uovo di Colombo. Essa fu esposta dal prof. Riccobono nel corso di « Egesi sulle fonti del Diritto romano » nell'anno scolastico 1907, e credo di far cosa grata ai lettori del Bullettino rendendola di pubblica ragione.

Papiniano opera evidentemente col concetto che la donna, la quale ha recuperato il proprio fondo senza aver soddisfatto al possessore i miglioramenti da questi eseguiti, rimane *naturaliter* obbligata verso di lui per quella somma corrispondente al vantaggio che essa effettivamente risente.

Ora si comprende con pienezza quella compensazione tra le spese e i frutti, ricavati dal possessore, su cui Papiniano insiste nel nostro testo, come in altri. Il Cuiacio poneva in rilievo questo punto come

¹⁾ Loc. cit. « ... quia quamvis maritus in re uxoria sibi donata malae fidei possessor esse intelligatur, quia scit aut scire debet se alienum possidere (fr. 49 D. XXIV, 1), attamen quod aliis possessoribus obici solet, videri eos donasse sumptus quos scientes in rem alienam fecerint (fr. 7 § 12 D. XII, 1; fr. 27 § 25 D. 9.2) ad hunc casum pertinere non potest; in quo nec volens maritus quicquam donare uxori potest, ex quo fiat ipse pauperior et illa locupletior ».

²⁾ Nel fr. 45 D. XVII, 1 Pomponio riconosce il marito come possessore di buona fede: ... « sicut nec cutuslibet bonae fidei possessoris ».

singularmente notevole, ma senza poi darne la spiegazione. Si giustifica però con le seguenti considerazioni. Il marito donatario fa suoi i frutti ricavati dalla cosa donata e non ha obbligo di restituirli. D'altra parte la donna che recupera il fondo che aveva donato non ha obbligo alcuno per le spese fatte dal marito possessore sul fondo; essa ha quel che è suo. Ma è pur certo che queste norme di diritto possono produrre uno squilibrio nel patrimonio dei due, che un delicato sentimento di equità preferirebbe correggere in qualche modo. La *exceptio doli* poteva soddisfare completamente queste esigenze di equità, se aveva luogo un giudizio. Venuto meno per una ragione qualsiasi il processo quei motivi di equità permangono ed inducono, negli stessi termini, il riconoscimento di una obbligazione naturale.

A rintracciare quindi tutto il pensiero del giurista non ostava che una sola difficoltà: quella che nelle fonti romane in nessun posto si annovera il caso delle spese fatte su cosa altrui come causa di una obbligazione naturale. È possibile che la costruzione sia originaria di Papiniano, che anche qui, come in altri casi, col più squisito senso pratico e con l'arte meravigliosa a lui, sommo maestro, propria, porta il trionfo dell'*aequilas*. Pertanto se Papiniano nella sua scultorea concisione non rivelò *expressis verbis* il fondamento e la natura dell'obbligazione della donna verso il possessore del fondo, ne diede tuttavia una rappresentazione viva e netta con la terminologia ed il tempo dei verbi adoperati nella decisione. Papiniano infatti così esprime il rapporto giuridico: «in ea dumtaxat pecunia recte pignus a muliere contractum apparuit quam offerre viro debuit meliore praedio facto». I termini proprii della obbligazione civile «*debere, teneri*», ecc., sono evitati dal giurista. Nemmeno egli adopera un verbo al tempo presente, per indicare un vincolo giuridico attuale. Egli dice: *offerre debuit* per rappresentare rapporti di fatto che richiedono un soddisfacimento indipendentemente dalla loro configurazione giuridica. Quella frase è quindi eloquentissima e si riscontra in altro testo di Ulpiano, che riguarda la persecuzione o meno dell'onorario da parte dei professori di diritto: «est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti *offerri debuit*. quaedam enim tametsi honeste

accipiantur inhoneste tamen petuntur»¹⁾ Anche in questo caso, come si sa, l'*offerre debuit* ci rappresenta il dovere morale, in contrapposto perfetto con la coercizione giuridica.

Si noti ancora il perfetto del verbo *debuit*. È risaputo infatti l'uso dell'imperfetto e del perfetto indicativo, specie coi verbi *possum* e *debeo*, nella lingua latina, per indicare l'apodosi di un periodo ipotetico di cui è sottintesa la protasi; la costruzione si rende in italiano col condizionale passato. Cioè, nel nostro caso, la moglie *avrebbe dovuto offrire* quella tale somma nel giudizio di rivendica per evitare le conseguenze gravi della *exceptio doli* e, venuto meno il processo, la moglie avrebbe dovuto soddisfare in quella stessa misura il suo impegno nel momento in cui essa ricuperava il possesso del fondo migliorato.

Con questa argomentazione evidentemente Papiniano perviene a riconoscere la validità del pegno costituito dalla donna, per un debito del marito donatario che aveva fatti miglioramenti nel fondo.

E ciò si comprende con agevolezza. Il presupposto è l'esistenza di un vincolo naturale tra la donna che ricuperò il fondo migliorato ed il precedente possessore che in definitivo viene ad avere uno svantaggio patrimoniale senza sua colpa. Questo stato di cose, se è irrimediabile per gli ordinamenti di diritto positivo, è senza dubbio contrario a quella perfetta probità a cui deve ispirarsi in una società civile il comportamento dei singoli, e questa richiede che il debito sia lealmente riconosciuto e soddisfatto.

Nel nostro caso abbiamo in modo spiccato quel *vinculum aequitatis* di cui parla appunto lo stesso Papiniano²⁾ in altro testo, presentandoci una costruzione organica delle obbligazioni naturali, che è ben lontana da quell'angusta concezione, che pur oggi è tra le più diffuse, secondo la quale per la esistenza dell'obbligazione naturale si richiede una causa giuridicamente riconosciuta. Così il giureconsulto può decidere che la garanzia prestata dalla donna al terzo per un debito del precedente possessore del proprio fondo non costituisce

¹⁾ Fr. 1 § 5 D. 50, 13. Che le parole *dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit* siano ritenute interpolate (cfr. per es.: KARLOWA, *Roem. Rechtsg.* vol. I, p. 673, n. 1) importa poco ai fini del nostro confronto, perchè in ogni caso dovettero essere tratte da un testo classico.

²⁾ Fr. 4 § 35 D. 46, 3.

quella intercessione vietata dal S. C. Velleano, perchè con essa la donna ha riconosciuto il suo debito naturale verso il possessore che esegui i miglioramenti del fondo, ed ha gerito quindi lealmente un proprio negozio. Certo la validità del pegno è misurata all'entità stessa di quell'obbligo. Dalle spese debbono essere perciò diffalcate le utilità che il possessore si ebbe dal fondo. La differenza in più delle spese costituisce l'importo dell'obbligo naturale, ed in corrispondenza la validità del pegno: etenim in ea quantitate proprium mulier negotium gessisse, non alienum suscepisse videtur. Non ha cioè la donna garantito un debito d'altri, ma il proprio; in quanto l'obbligo semplicemente naturale che ella aveva verso la persona del debitore è sufficiente ad escludere il concetto di intercessione. Nè importa che il rapporto tra creditore e debitore sia a lei estraneo, in nessun modo connesso con i miglioramenti del fondo; perchè la prestazione della garanzia per parte della donna, deve essere considerata unicamente *contemplatione debitoris*, rispetto a cui la garanzia deve valere come soddisfacimento di quel debito sorto a causa dei miglioramenti esistenti nel proprio fondo; debito che non era direttamente coercibile ma che può essere lealmente riconosciuto e soddisfatto. Il senso squisito nel rinvenire le soluzioni improntate alla più perfetta equità è caratteristico in Papiniano e forma la sua gloria più fulgida.

Messo così in chiaro il contenuto del testo papiniano ci siano permesse due osservazioni di carattere più generale; le quali tuttavia vogliono avere il compito modesto di porre in campo nuovi elementi per una più larga discussione di problemi vecchi e nuovi connessi col punto di diritto di sopra esaminato.

1° In qual momento si deve ritenere sorta la obbligazione naturale della donna per le spese fatte dal marito sul fondo donato?

La questione ha importanza notevole, perchè trova nelle fonti romane applicazioni numerosissime, in tutti quei casi cioè che al possessore di cose altrui è garantito soltanto uno *ius retentionis* per le spese fatte sulla cosa.

E di certo sarebbe inelegante affermare che l'obbligazione nasce nel momento in cui il possessore impiega i suoi capitali per opere

necessarie o per migliorare la cosa del terzo. Questo stato di fatto non costituisce alcun negozio¹⁾.

In secondo luogo è incerto, in quel momento, se il possessore avrà mai uno svantaggio patrimoniale per causa di quelle spese. Egli potrà averne invece un compenso adeguato, anche esuberante, dalle utilità che potrà arrecargli la cosa stessa. Secondo quindi l'insegnamento papiniano, che esige siano diffalcate a tal fine dalle spese i frutti percetti, la valutazione per la esistenza e l'importo di un obbligo naturale si può manifestare nel momento in cui il proprietario richiede la cosa dalle mani del possessore, ovvero nel punto in cui il proprietario entra nel possesso della cosa in un modo qualsiasi. Soltanto allora si fa palese che il proprietario richiedendo la cosa sua, o avendone recuperato il possesso, viene a risentire un vantaggio non giustificato eticamente, e l'equità esige che il terzo non abbia un danno senza colpa.

In base a queste considerazioni si può dire che lo stesso *ius retentionis* che il diritto pretorio garantisce al possessore, mediante l'*exceptio doli*, di fronte alla restituzione della cosa richiesta dal proprietario, ha il suo fondamento in quell'obbligo naturale, che è riconosciuto dalla coscienza sociale, imposto dall'equità, al di là delle mere conseguenze di diritto civile.

2° La obbligazione naturale di cui tratta Papiniano nel nostro frammento ha solo importanza storica. Essa è scomparsa nel diritto giustiniano, dove la ragione del possessore, che avesse fatto delle spese necessarie od utili sulla cosa altrui, fu elevata alla dignità di un diritto perfetto, munito quindi di azione. Di certo nelle nostre fonti le testimonianze classiche, che concedono al possessore soltanto una protezione imperfetta col *ius retentionis* sono ancora preminenti per numero ed importanza. Ma ciò, se può giustificare il dibattito vivo tra gli scrittori antichi e le titubanze dei moderni, non può del resto mettere in dubbio la cosa stessa. La riforma giustiniana è sicura ed emerge limpida da vari testi, nei quali al possessore è assicurata la persecuzione delle spese per via di azione. Tra questi basterà ricordare, a modo di esempio, il fr. 50 § 1 D. de hered.

¹⁾ Fr. 33 D. XII, 6. IULIANUS: ... «si in area tua aedificassem et tu aedes possideres condictio locum non habet, quia nullum negotium inter nos contraheretur».

petit. 5. 3. in cui si dice: eum, cui aufertur hereditas impensas ratione doli exceptione *aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hereditam negotio gesto*¹⁾. Esplicito nello stesso senso è il fr. 39 pr. D. fam. ercisc. X. 2: *sed et si omiserit doli exceptionem agere potest de recipienda portione sumptuum*²⁾. Il diritto giustiniano venne dunque a risolvere tutto questo problema nella maniera più idonea, e con perfetta coerenza, sia che si ponga mente alla tendenza del diritto classico su questo punto, sia che si guardi ai nuovi principii generali della codificazione.

G. NOTARBARTOLO

alunno del Seminario giuridico
dell'Università di Palermo.

¹⁾ L'aggiunta giustiniana, nelle parole riprodotte in corsivo, è in questo passo evidente ed è confermata, per altro verso, dalla estensione data da Giustiniano all'*actio negotiorum gestorum*. Anche in questo punto la dimostrazione fatta dal prof. Riccobono nel corso di sopra mentovato apparve esauriente.

²⁾ Il frammento è stato di recente esaminato con la solita perizia e profondità dal prof. APPLETON, *Mélanges Fitting*, vol. I, il quale a torto però ritiene nel testo genuine le parole: *etsi omiserit doli exceptionem*.

DI UN TESTO DI PIETRO DIACONO

RELATIVO AI "LIBRI IURIS CIVILIS" DI M. TERENCE VARRONE

In un commento di Pietro Diacono alla regola di san Benedetto (Epithome... super regulam sancti Patris Benedicti ad Lotharium romanorum imperatorem, p. 74-a), edito da quel felice indagatore ch'è il Dr. Mercati ¹⁾, occorre una menzione interessante delle *Institutiones civiles* di M. Terenzio Varrone. Ecco il testo:

« Quanto iustius ego me ad illam piam, veram ac divinam regulam Benedicti patris sanctissimi, quasi ad portum tutissimum conferam, in qua omnia dictu prona sunt, auditu suavia, facilia intellectu, honesta susceptu. Et si *Marcus Publius* (sic) ²⁾ *Terentius Varro institutiones civiles compositas edidit, quibus Romanorum dissidentium lites contentionesque sopiret*, quanto melius et rectius patris Benedicti regulam exponere debemus? In qua non *de stillicidiis aut aquis arcendis, aut de manu conserenda vel de orbe Romano ordinando*, sed de spe, de vita, de salute, de immortalitate loquemur ».

Si deve supporre che qui si alluda ai *XV libri iuris civilis* di M. Terenzio Varrone? Di essi noi non abbiamo notizia precisamente

¹⁾ Cfr. MERCATI in *Rend. dell'Ist. Lomb.*, vol. XLII (1909) pag. 149 e segg.; 316 e segg.

²⁾ Il MERCATI (l. c., pag. 317, n. 3) nota che nel « *Catalogus regum consulum. dictatorum. patriciorum. ac imperatorum gentis troianae* », ib., pag. 40, sta semplicemente « *Marcus Terentius Varro* » colla leggendaria notizia: « *hic in Casino scolam philosophie tenuit* »: e ricorda che in realtà egli ebbe a Cassino una villa e nomina più d'una volta la città e l'agro. — Osservo alla mia volta che il prenome Publio appartiene effettivamente all'altro Terenzio Varrone, soprannominato dalla sua patria Atacino, pur esso celebre o almeno lodato, quasi coetaneo di Marco (82-37 a. C.) e pur esso autore di satire, nonchè di poemetti. Cfr. TEUFEL, *Gesch. der röm. Litt.* n. 212.

se non dal catalogo di san Girolamo, edito dal Ritschl ¹⁾: nè alcun giurista o grammatico, nè alcuno scoliasta fa menzione dell'opera di Varrone; e la notizia di san Girolamo non ci dà se non il titolo dell'opera e il numero dei libri. Non fa meraviglia pertanto se il Ritschl stesso e il Sanio ²⁾ siano giunti a dubitare non per vero che l'opera sia stata composta, ma che sia stata edita e a supporre che si debba ritenere perita nel saccheggio subito dalla biblioteca di Varrone, allorchè questo dottissimo tra i Romani fu proscritto dai triumviri ³⁾. Il Sanio peraltro non si ferma a questa supposizione, ed enuncia altre ipotesi, tra cui la più notevole è che essendo l'opera di Varrone una miniera per la conoscenza dei più antichi autori e delle loro opinioni, i posterì abbiano preferito spesso di citare il nome dei più antichi autori, anzichè la fonte immediata. Dato il carattere frammentario delle nostre nozioni circa gli antichissimi giureconsulti, potremmo anche far tacere la meraviglia su questo oblio; ma è notevole pur sempre l'assenza dell'opera e del nome di Varrone nel celebre frammento dell'*Enchiridion* di Pomponio, il quale con tutti i suoi difetti e i suoi errori costituisce la base delle nostre cognizioni sull'antica giurisprudenza. La qual lacuna si riverbera poi in tutti i trattati moderni di storia del diritto romano, che non collocano mai il nome di Varrone al suo posto nella serie degli antichi giureconsulti. Circa il carattere dell'opera di Varrone, il Sanio stima, ed è l'opinione che si può ritenere dominante, che l'opera di Varrone non fosse un'esposizione metodica e completa del *ius civile*, bensì un'opera di carattere propedeutico, destinata a presentare l'immagine ideale del futuro giureconsulto o del *vir civilis* in generale; con questo soltanto che Varrone doveva proporsi di esporre l'antico *ius civile* dall'origine sino a Quinto Mucio, ed era in grado, ben più che Cicerone, di offrire nei suoi libri *omnia ad observationem disciplinamque iuris antiqui pertinentia*, e richiamare agli scopi della propedeutica giuridica « *ceteras disciplinas, quas modo aliquid ad instituendum iurisconsultum futurum conferant* ». Circa il contenuto si disputa se l'opera si restringesse al diritto privato o comprendesse anche il pubblico ed il sacro.

¹⁾ RITSCHL, *Die Schriftstellerei des Varro in Rhein. Mus. für Philolog.* N.F. VI, p. 485 e segg. *Ind. scholar.* Bonn, 1849-50.

²⁾ SANIO, *Varrontana in den Schr. der röm. Jur.* Leipzig, 1867, pag. 209 e segg.

³⁾ GELL. 3, 10 in fine; 14, 7.

Circa l'influenza esercitata, il Sanio veramente la valuta molto alta, e stima che Varrone sia la fonte dei giureconsulti romani per quel che riguarda il diritto e le istituzioni più antiche; e principalmente l'opera *de iure civili* di Varrone avrebbe fornito a Pomponio il modello del suo *Enchiridion*. Su quest'ultimo punto la tesi del Sanio non è abbracciata dai moderni.

Ma lo stesso numero dei libri poteva far dubitare se l'opera dovesse avere quel carattere tutto esteriore e propedeutico in un senso speciale, che ad essa si suole attribuire, partendo dal presupposto implicito che Varrone non era un giureconsulto di professione e non è ricordato come rispondente o consulente. Salvo quella di Quinto Mucio, nessun'opera dell'antica giurisprudenza raggiunge una tal mole di libri. Sesto Elio scrisse un solo libro in tre parti; degli antichi fondatori del *ius civile*, Publio Mucio, Bruto e Manilio, narra Pomponio che il primo scrisse 10 libri, il secondo 7, il terzo 3; lo stesso Quinto Mucio, il quale per primo sistemò il *ius civile*, non scrisse se non 18 libri. Persino nell'epoca classica, l'opera fondamentale sul *ius civile* di Masurio Sabino non è che di 3 libri, quella di Gaio Cassio di 10 libri o poco più, forse 15, quanti ne porta il commento di Giavoleno. Dobbiamo giungere ai compilatori dell'epoca degli Antonini e dei Severi per trovare un numero maggiore di libri nei loro trattati sul *ius civile* in forma di commento a Quinto Mucio o a Sabino.

Ora il testo edito dal Mercati amplia e corregge le nostre cognizioni sotto ciascuno degli aspetti enunciati.

L'opera di Varrone parrebbe comprendere certamente il *ius publicum*, non escluso il governo delle provincie (*de orbe romano ordinando*). Per quel che concerne il diritto privato parrebbe che essa dovesse contenere precisamente un'esposizione completa degli istituti e della procedura secondo l'antico *ius civile* ed il codice decemvirale. Nessuno degli argomenti ricordati nel testo è neppure menzionato nelle trattazioni veramente elementari di Gaio e di Giustiniano, benchè i compilatori delle Istituzioni di Giustiniano abbiano chiamato in sussidio tutte o quasi tutte le istituzioni classiche ed anche maggiori commentari. Quanto al *manus conserere*, questo istituto formale dell'antica procedura per *legis actiones* non è nemmeno ricordato da Gaio nella sua esposizione abbastanza accurata di

questa procedura, benchè vigente pure al tempo suo. La nostra fonte principale è Gellio, il quale dichiara di attingere dai giureconsulti e dai loro libri, e non è escluso che desuma la sua descrizione da Varrone ¹⁾. Ed è certamente curioso, facendo le debite riserve sul valore della testimonianza, lo scopo che alle istituzioni varroniane assegna il nostro testo: *quibus romanorum dissidentium lites contentionesque sopiret*.

Quanto alla sua influenza sulla letteratura giuridica posteriore, senza poterla determinare, noi dovremmo valutarla piuttosto alta. Se Varrone non era un giureconsulto rispondente, non lo furono probabilmente o non lo furono molto nell'età imperiale nè Pomponio, nè Gaio, i quali pure mostrano grandi simpatie per l'esposizione storica.

Il Sanio, nonostante che sia stato accusato di esagerare l'influenza di Varrone sulla letteratura classica, non è proclive ad ammetterla per le Istituzioni di Gaio ²⁾. Pur tuttavia questo testo richiama la discussione sull'esemplare tanto ricercato delle Istituzioni di Gaio. La divisione tipica *personae, res, actiones* si deve richiamare a Varrone, come era già balenato alla mente del Sanio? ³⁾. Si deve far risalire a Varrone il modello remoto di Gaio? È ben probabile che i *libri iuris civilis* di Varrone non seguissero l'ordine delle materie di Quinto Mucio, ma rappresentassero un tentativo sistematico. Il carattere di Varrone, e il fatto precisamente che egli non è un giureconsulto di professione, dovevano indurlo ad organizzare la materia e dar importanza all'ordine logico più che all'ordine legale e tradizionale. Simili impulsi sogliono abbastanza spesso, anche in altre scienze, venire dal di fuori. Il nome stesso di *institutiones civiles*, che non può alludere se non ai *libri iuris civilis*, dà a pensare in questo senso.

La notizia di Pietro Diacono può far meditare anche sul significato dell'antico *ius civile*, e il contenuto delle opere con questo titolo. Per quanto l'antitesi col *ius honorarium*, il parallelismo più tardo

¹⁾ GELL. 20, 10. Cfr. anche CIC. *pro Mur.* 12, 26; PROB. 4: *ex iure manum consortum vocare*; VARR. *L. L.* 6, 64; CIC. *de Or.* I, 10, 41; FEST. *Superstites*; LACT. *Inst.* I, 1.

²⁾ SANIO, op. cit. p. 247. Il KALB (*Roms Iuristen*, pag. 88, nota 1) richiama tuttavia il Sanio per enunciare il sospetto che qualche cosa si possa ancora far risalire a Varrone. Ma nella pagina che egli cita del Sanio (pag. 256) si parla delle Istituzioni di Ulpiano e non di quelle di Gaio.

³⁾ SANIO, op. cit. pag. 231.

dei *libri ad edictum* coi *libri ad Sabinum*, e pei moderni la compilazione giustiniana, abbiano ristretto il significato del *ius civile* al diritto privato, è ben probabile che nell'antica repubblica e nei primi tempi del principato, sino alla tirannide di Domiziano, il *ius civile* fosse più frequentemente adoperato nel senso più lato, in cui esso abbraccia anche il diritto pubblico, senso che non si è mai spento nella tradizione romana, e che le opere degli antichi giuristi comprendessero anche la trattazione dei magistrati, dei sacerdoti, delle istituzioni pubbliche.

Ma da chi ha desunto Pietro la notizia? Non è probabile che egli la ricavi dalle opere dei giureconsulti; e perchè d'altra parte avrebbe citato Varrone e non il giureconsulto? A parte l'abbondanza dei prenomi (l'errore nei prenomi, del resto, non è raro nelle citazioni e nei manoscritti), la testimonianza di Pietro Diacono è di una precisione piuttosto impressionante.

I termini giuridici sono esattissimi, e gli istituti richiamati sono altrettanto tipici nelle opere dei giureconsulti, quanto evanescenti fuori di esse ¹⁾. Ora Pietro Diacono è ben capace di inventare, ma non si può ritenere capace di combinare così bene un testo giuridico. Qui poi sarebbe mancata, per dirla col Mercati ²⁾, la spinta e delinquere; non l'interesse di sostenere una causa del convento o tessere novelle di santi poteva spingerlo ad una falsificazione, non la vanità, perchè la notizia è di quelle che può ben piacere di rubacchiare, ma non di inventare, dati specialmente i gusti dell'epoca. Ad ogni modo, avendo manifestato un simile sospetto al dottor Mercati, mi permetto di comunicare la sua autorevole risposta: « Io inclino a credere che, per buona fortuna, l'ipotesi di un'invenzione pura e semplice sia poco verosimile, e che Pietro, rubacchiando, come suole per lunghi tratti nel commento della Regola benedettina, ci abbia invece con-

¹⁾ Cic. *Top.* 9, 38-39; *pro Mur.* 9, 22; *de or.* I, 38, 173. Per l'istituto processuale cfr. sopra. Cicerone talvolta (nell'*oratio pro Murena*) sembra richiamare gl'istituti in questione, con una intonazione dispregiativa al fine di abbassare lo studio del diritto civile e il compito del giureconsulto: e poichè tale è anche il fine del nostro, potrebbe darsi che gli esempi fossero di prammatica. Rapporti di vicinanza e regole di procedura sono, del resto, anche oggi e saranno probabilmente sempre la miniera dei litigi e il campo d'azione tipico del leguleio.

²⁾ Nella nota sull'accenno di Pietro Diacono alla versione latina dell'opera di DARDANO (*Rend. dell'Inst. Lomb.* XLII, 1909, pag. 154).

servato abbastanza fedelmente un passo di qualche scrittore più antico, del quale nemmeno egli capiva tutta l'importanza. Perchè, veramente, non oso pensare che Pietro abbia avuto per mano il libro di Varrone, e fattone egli il non vacuo cenno: altrimenti, forse, l'avrebbe notato come altra volta "*sicut... inveni in...*".

« Non ripeterò certe osservazioni che già feci sulla menzione del libro di Dardano, e che meglio calzerebbero alla citazione presente: A quale pro una simile invenzione? e come mai Pietro, inventando, s'imbattè, e non male, nel libro forse meno conosciuto e pur certo di Varrone: libro del quale avrebbe alterato il titolo, mentre i falsari sogliono conservare l'elemento genuino a raccomandazione del resto? »

Concluderò con le parole del Mercati: « Fosse anche falso questo testo, gioverà sempre metterne in luce la portata (passi la parola), perchè gli storici del diritto romano e delle lettere latine siano come costretti a ponderarne scrupolosamente il valore o l'attendibilità ».

PIETRO BONFANTE.

UN FOGLIO DI UN ANTICO MANOSCRITTO DEL "DIGESTUM NOVUM"

Nella *Landesbibliothek* di Kassel si trova nella raccolta dei manoscritti un involucri (Ms. Appendice 4) che contiene un foglio di pergamena, per quanto io ne so, sconosciuto e non esattamente descritto nel catalogo della biblioteca, derivante da un codice del Digesto. Esso comprende Dig. 48, 16, 10, 2 dalle parole: *ex die scilicet* — Dig. 48, 18, 1, 27 fino alle parole: *domini revertatur* (Mommsen, II, 842, 18). Questo foglio è indubbiamente del tempo dei Glossatori e deve provenire quindi da un Digestum Novum; e, poichè è scritto anche prima del secolo XIII, sembrami sicuro che sia più antico del manoscritto della *Litera vulgata* adoperato dal Mommsen per il Digestum Novum (cfr. op. cit. I, pp. LI e LII).

Il testo presenta una serie di notevoli lezioni (p. es. Dig. 48, 16, 15 e 48, 17, 1 e 2, l'iscrizione *Publicorum iudiciorum* invece di *Publicorum*; 48, 16, 10, 2 *eos* invece di *eas*; 48, 17, 1 pr.: *Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est*); in particolare *inciderent* e *respondi* in Dig. 48, 16, 11 potrebbero rappresentare la lezione autentica invece di *inciderunt* e *respondit* dell'edizione del Mommsen.

Il manoscritto è provveduto di una breve glossa interlineare e marginale, probabilmente ad esso contemporanea, la quale per lo più si limita a brevi spiegazioni e solo eccezionalmente va più oltre, e vi s' incontrano anche citazioni nella forma in uso presso i Glossatori.

MAX CONRAT (COHN).

NECROLOGIE

ALFREDO DE MEDIO

Nella ruina immane della bella Messina, per cui il terremoto del 28 dicembre 1908 immerse nel dolore non solo l'Italia, ma tutto il mondo civile, perì immaturamente a soli trentatre anni il forte e buono Alfredo De Medio. Perì con la giovane sposa, da pochi anni a lui unita in matrimonio; perì col padre suo, che in quei giorni si era recato presso di lui per passare insieme nella dolce intimità familiare i giorni festivi della fine dell'anno.

Lo piangemmo e lo piangeremo noi, che eravamo a lui congiunti da una parentela intellettuale; ed io sopra tutti, che lo ebbi per molti anni discepolo affettuosissimo, che ne seguì con occhio paterno i continui progressi, e che ora, invertito il naturale ordine delle cose, debbo qui parlare di lui miseramente estinto.

Egli era nato a Messina il 16 aprile 1875: il padre suo Antonino era un alto impiegato dell'Amministrazione ferroviaria.

Compiuti in Messina gli studi secondari classici, Alfredo De Medio si era iscritto ai corsi universitari di giurisprudenza nell'Università della città sua; ma presto si trasferì in Roma, dove fin dal terzo anno del corso si dedicò con decisa preferenza al diritto romano, frequentando assiduamente, non soltanto le mie lezioni ufficiali, ma le esercitazioni di esegesi delle Pandette, nelle quali egli dimostrava la più attiva diligenza e il più sottile acume della mente. E lui e parecchi altri suoi fratelli di studio, ora miei colleghi, io ebbi tante volte compagni in quelle passeggiate fuori le porte di Roma, che erano allora come il prolungamento delle nostre discussioni scientifiche.

Nel luglio 1898 Alfredo si laureò in giurisprudenza e da quel momento concentrò tutte le sue forze nello studio del diritto ro-

mano. Per l'anno scolastico 1901-1902 egli fu nominato incaricato di Diritto romano e d'Istituzioni nella libera Università di Camerino, dove nel 1902-1903 proseguì l'insegnamento come straordinario e nel 1903-1904 come ordinario. Egli aveva intanto nel 1902 anche ottenuta la libera docenza presso l'Università di Messina.

Nel 1904-1905 passò all'Università libera di Perugia, dove fu titolare di diritto romano e incaricato di Storia del diritto romano.

Finalmente dal 1905-1906 in poi egli fu straordinario d'Istituzioni di diritto romano nella Regia Università di Messina. Nel 1908 si veniva preparando la sua promozione a ordinario.

Chi avrebbe mai potuto prevedere che quel ritorno in patria, che egli aveva sempre desiderato, che pareva costituire la sua felicità, dovesse essere invece causa della miseranda sua fine? Per molti giorni, dopo la catastrofe, giungevano a Roma notizie contraddittorie sulla sorte dell'amico carissimo, che tenevano in sospenso gli animi nostri; ma poi ogni speranza fu spenta.

Resterà in noi indelebile la memoria della bontà sua e del suo valore; coloro che non lo conobbero, lo apprezzeranno attraverso le pubblicazioni ch'egli ci ha lasciate. Parecchie, e forse le migliori, furono stampate in questo nostro *Bullettino*.

Notevole in esse è il continuo perfezionamento del metodo e della critica. Le troppe ardite avventatezze si venivano via via correggendo; la ricerca si faceva più esatta e il ragionamento più sottile e più logico; lo spirito scientifico più rigoroso. Parecchi dei risultati, ai quali egli è giunto, possono ormai dirsi acquisiti alla scienza nostra.

Nel fascicolo presente del *Bullettino* noi pubblichiamo l'ultimo scritto, al quale egli non poté dare le cure della revisione. Da esso il lettore potrà misurare quanto grave sia stata la perdita sofferta dagli studi del diritto romano.

Ecco l'elenco delle pubblicazioni del De Medio:

Il contractus aestimatorius, Messina, 1900;

Contributo alla storia del contratto di società in Roma, Messina, 1901;

Note su alcuni frammenti di Africano interpolati (« Archivio giuridico », N. S. IX, fasc. 2);

I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro (« Bull. dell'Ist. di Dir. rom. », XIII, fasc. 2-6);

Breve nota sul titolo « de Rebus dubiis », Dig. 34, 5 (ibidem);

Di nuovo sui tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro (« Bull. dell' Ist. di Dir. rom. », XIV, fasc. 5-6);

Di un fallace criterio per distinguere lo stile dei compilatori indicato da Antonio Fabro, Messina, 1902;

Intorno al divieto di donare fra coniugi nel diritto romano, Messina, 1902;

Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico (« Bull. dell' Ist. di Dir. rom. », XVI, fasc. 1);

La legittimazione attiva dell'« actio legis Aquiliae » in diritto romano classico (negli « Studi in onore di V. Scialoja », vol. I, Milano, 1905, pag. 27 segg.);

La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato in diritto romano classico (« Bull. dell' Ist. di Dir. rom. », XVI, fasc. V-VI);

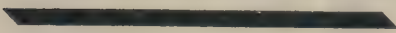
Studi sulla « culpa lata » in diritto romano (« Bull. dell' Ist. di Dir. rom. », XVII, fasc. I-III, XVIII, fasc. III-VI);

Sulla solidità del patto di non prestare la colpa grave (nel « Foro Italiano », 1905);

Valore e portata della regola « magna culpa dolus est » (negli « Studi in onore di C. Fadda », vol. II, Napoli, 1906, pag. 221 segg.).

Il caso fortuito e la forza maggiore (« Bull. dell' Ist. di Diritto romano », XX, fasc. III-VI).

VITTORIO SCIALOJA.



BIBLIOGRAFIA

I. — Libri.

ACHER J. Six *disputationes* et un fragment d'une *repetitio* orléanaises — in MÉLANGES FITTING t. II p. 287-373.

AEGYPTISCHE URKUNDEN aus den königl. Museen zu Berlin hrsg. von der Generalverwaltung. Griechische Urkunden IV Bd. 4-6 Heft — Berlin Weidmann '07-'09, p. 97-192 in-4, M. 2 40 il fasc.

ALLARD P. Le Christianisme et l'Empire romain de Néron à Théodose, 7^e éd. — Paris Gabalda '08, p. 334 in-16, fr. 3.50.

ARISTOTELES Politik. Deutsch von A. STAHR u. K. STAHR 2-4 Lief., 3 Auflage, p. 41-192 — Berlin-Schöneberg Langescheidt '07-'08, jede Lief. 35 Pf.

ID. Politica: post FR. SUSEMIHLIUM rec. O. IMMISCH — Leipzig Teubner '09, p. xxxix-354 in-16, M. 3.

AROLDI C. E. Il diritto penale nell'antichità e nel medio evo — Milano Sonzogno s. a. ('07), p. 59 in-24, L. 0.20.

BAADER H. Die Rechtsmittel der Gläubigeranfechtung im klass. r. R. (Diss.) — Halle Kaemmerer '08, p. vi-86.

BACHUR A. G. Das staatliche Verwaltungsvermögen in seinen privatrechtlichen Beziehungen (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '08, p. ix-71.

BARHAM C. N. The Students' Text-Book of Roman Law, 2 ed. — London '08, p. 152 in-12, s. 3. 6.

BARTMANN J. Das Gerichtsverfahren vor u. nach der Münsterischen Landgerichtsordnung von 1571 u. die Aufnahme des römischen Rechts im Stifte Münster — Heidelberg Winter '08, p. 77, M. 2.

ΒΑΣΗΣ Σ. Ad Iustiniani Digesta adnotationes criticae — 'Εν Ἀθήναις Σακελλάριος '08, p. 13.

BAUER Repetitorium der Römischen Rechtsgeschichte und des Röm. Civilprozesses — Bruck-München Treuenfeld '09, M. 4.50.

BAVIERA G. Il fr. 3 § 4 D. XXVII. 9 e la sua interpolazione. Contributo alla storia dell'enfiteusi — in MÉLANGES FITTING t. II, p. 375-383.

Id *vedi* FONTES IUR. ROM. ANTEJUSTINIANI.

BAYLE M. Le symbolisme du droit romain — Paris Librairie des Saint-Pères '08, p. xi-332, fr. 5.

BELOCH G. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

BERCKEMEYER H. Das Recht der Annahme an Kindesstatt im BGB. unter Berücks. seiner histor. Entwick. (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. xii-227.

BERG C. Die Bedeutung von Anfall u. Fälligkeit des Vermächtnisses nach dem BGB. im Vergleich zu dem gemeinrechtlichen dies cedens u. veniens legati (Diss., Rostock) — '08, p. 71.

BERNARD H. Le sénatusconsulte des Bacchanales (Thèse) — Paris Larose et Tenin '08, p. 138, fr. 2.

BERNT H. Die Bedeutung des Praefectus urbi Romanus im Mittelalter. 1. Tl. (Progr., Klagenfurt) — '07, p. 28.

BERTOLINI C. Appunti didattici di diritto romano, fasc. 9 (ult.): Quasicontratti. Indice generale dell'Opera — Torino Gerbone (Unione tipografico-editrice) '09, p. 1037-1177-VI, L. 3. L'Opera completa L. 25.

BESSER M. Das condicionis implendae causa datum nach röm. gem. u. heut. bürgerl. Rechte (Diss.) — Dresden Buchdr. d. Güntzschschen Stiftung '07, p. 47.

BESTA E. Il contenuto giuridico della Lex Romana Curiensis — Palermo Gaipa '07, p. 64 in-4, L. 2.

Id. *vedi* più avanti pag. 286 — Palermo Barravecchia '08; p. 95 in-4, L. 4.

BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA diretta da V. Pareto. Vol. II p. 2: GUIRAUD P. La proprietà fondiaria in Grecia sino alla conquista romana (p. 1-454); RODBERTUS P. Per la storia dell'evoluzione agraria di Roma sotto gli Imperatori. Adscriptitii, inquilini e coloni (p. 455-508); WEBER M. La storia agraria romana in rapporto al diritto pubblico e privato (p. 509-705); MOMMSEN TH. La distribuzione del suolo italiano e le tabelle alimentari (p. 707-728); SCHEEL H. v. I concetti

economici fondamentali del Corpus iuris civilis (p. 729-748). — Milano Società editr. libr. '07, p. 752, L. 16.

Id. Fasc. 82-83. Vol. III, p. 1-96: LEHMANN C. F. L'antico sistema metrico e ponderale babilonese come base degli antichi sistemi ponderali monetari e metrici (p. 1-71); NISSEN E. Metrologia greca e romana (p. 73-96...) — id. '08, L. 2.

Id. Fasc. 84-87. Vol. IV, p. 1-civ e 529 a fine (614): CICCOTTI E. Indirizzi e metodi degli studi di demografia antica. Prefazione al volume (p. 1-III); BELOCH G. Per la storia della popolazione nell'antichità (p. 529-531, fine); MEYER E. Il numero dei cittadini romani sotto Augusto (p. 532-539, fine); NISSEN H. La popolazione dell'Italia antica (p. 540-565); BELOCH G. La popolazione dell'Italia nella fine dell'antichità (p. 566-584, fine); CICCOTTI E. Del numero degli schiavi nell'Attica (p. 585-600); HOLM A. La produzione granaria della Sicilia nell'antichità nei suoi rapporti con la popolazione (p. 600-612) — id. '08, il Vol. IV completo L. 15.

BINDER J. Die Plebs. Studien zur röm. Rechtsgeschichte — Leipzig Deichert '09, p. XIX-630, M. 15.

BISSCHOP W. R. Modern Roman-Dutch Law. Sketch of its historical development (Inaug. Lecture) — The Hague Nijhoff '07 (Cfr. più avanti pag. 292).

BLOCH G. *vedi* UNIVERSITÉ DE PARIS.

BLOCH L. Soziale Kämpfe im alten Rom, 2 Aufl. — Leipzig Teubner '08, p. IV-150 in-16, M. 1.

BÖGER R. Der selbständige Strafvertrag im Rechte des BGB. (Diss.) — Rostock Adler '08, p. 94.

BONFANTE P. Lezioni di diritto romano raccolte e compilate da A. CETTUZZI e C. DEL CORNO. Della famiglia, Parti due. Ateneo Pavese a. '07-'08 — Pavia Fusi '08, p. 202 e 214

Id. voci *Clausula edictalis*, *Cientes*, *Codez* in ENCICLOPEDIA GIURIDICA ITALIANA fasc. 496 e 502 (Vol. III, p. 2 A) p. 643, 644-7 668-675, in-4 — Milano Società ed. libr. s. a. ('08 e '09), L. 2 il fasc.

Id. Storia del dir. rom., 2 ed. — id. ('09). p. XVI-862 in-24, L. 9.

Id. *vedi* DIGESTA IUST. AUG.

BONOLIS G. Questioni di diritto internazionale in alcuni consigli inediti di Baldo degli Ubaldi. Testo e commento — Pisa Spoerri '08, p. 194, L. 4.

BOXLER A. Précis des instit. publ. de la Grèce et de Rome anciennes, 2^e éd. — Paris Lecoffre '07, p. xxvii-422 in-12, fr. 3.50.

BOZZONI R. voci *Espilata eredità*, *Espromissione* in ENCICLOP. GIUR. ITAL. fasc. 463 e 472 (Vol. V p. 3), p. 177-181, 302-5, in-4 — Milano Soc. ed. libr. s. a. ('07), L. 2 il fasc.

ID. Studi ed appunti sull'usufrutto nel dir. rom. — Napoli Jovene '08, p. 85, L. 2.

ID. Le eccezioni nel dir. rom. class. Parte generale, Vol. I — id. p. xii-142, L. 5.

BRUCH E. v. Bürgschaft u. Pfandrecht bei der naturalis obligatio des r. R. (Diss., Tübingen) — '08, p. 98.

BRUGI B. Introduzione enciclop. alle scienze giuridiche e soc. nel sistema delle giurispr., 4 ed. — Milano Soc. ed. libr. '07, p. xxviii-468 in-24, L. 5.

ID. v. *Introduzione c. s.* in ENCICL. GIUR. ITAL. fasc. 499 (Vol. VIII p. 2) p. 900-960 ... — id., s. a. ('08), L. 2 il fasc.

ID. Della proprietà. Fasc. 1-4... — Napoli Marghieri (Torino Unione tip.-ed.) '08, p. 192, L. 4 (IL DIR. CIV. ITAL... per cura di P. FIORE P. IV, disp. 426-7, 430-1).

BRUNS C. G. *vedi* FONTES IUR. ROM. ANT.

BUCKLAND W. W. The Roman Law of Slavery. The conditions of the slave in private law from Augustus to Justinian — Cambridge University Press '08, p. xii-735, s. 18.

BULFONI G. F. voce *Superficie Diritto di* in ENCICLOP. GIUR. IT. fasc. 501 (Vol. XV p. 3) p. 711-744 ... — c. s. ('09).

BURLE E. Essai historique sur le développement de la notion de droit naturel dans l'antiquité græcque — Trévoux Jeannin '08, p. xv-632, fr. 10.

CALDERINI A. La manomissione e la condizione dei liberti in Grecia. Opera premiata — Milano Hoepli '08, p. xix-464, L. 12.

CARCOPINO J. *vedi* UNIVERSITÉ DE PARIS.

CASDORF H. Das Vermächtnis einer dinglich belasteten Sache nach gem. R. u. d. R. des BGB. (Diss., Jena) — '08, p. 61.

CATALOGUE GÉNÉRAL DES ANTIQUITÉS ÉGYPTIENNES du Musée du Caire. Vol. XXI Die demotischen Denkmäler, II Die demotischen Papyrus von W. SPIEGELBERG. Text m. Abbild. — Strassburg Dumont Schauberg '08, p. x-380 in-4.

CAVAIGNAC E. Etude sur l'histoire financière d'Athènes au v^e siècle. Le trésor sacré d'Eleusis jusqu'en 401 — Versailles '08, p. 80 et 7 pl., fr. 4.

Id. Etudes sur id. Le trésor d'Athènes de 480 à 404 (Biblioth. des Ecoles fr. d'Ath. et de Rome fasc. 100) — Paris Fontemoing '08, p. LXXV-190, fr. 10.

CHAUVIN G. Il processo di Gesù, dalla 5^a ed. franc. — Roma Desclée '07, p. 62 in-16, L. 0.60.

CHRISTIANS R. Das pignus in re sua des römisch-gem. R. u. das Pfandrecht an eigener beweglicher Sache des BGB. (Diss., Leipzig) — '08, p. IX-64.

CHWOSTOW M. Forschungen zur Geschichte der Handelsbeziehungen zur Zeit der hellenistischen Monarchien u. des röm. Kaiserreiches. I Geschichte des Osthandels im griech.-röm. Aegypten — Kasan '07.

CICALA F. B. Rapporto giuridico. Diritto subbiettivo e pretesa. Profilo di una nuova costruzione teoretica — Torino Bocca '09, p. VIII-299, L. 8.

CICCOTTI E. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

CICU A. Estinzione di rapporti giuridici per confusione — Sassari Dessi '08, p. 198, L. 5.

CODOVILLA E. Le denunzie di nuova opera e di danno temuto — Torino Unione tip.-ed. '08, p. 269, L. 5.

COHN G. Die Haftung u. die Klagen aus dem Kollektivkommodat (dem von mehreren mit einem Dritten gemeinschaftlich geschlossenen Leihvertrag) nach röm. Recht, nachgewiesen durch Interpretation der L. 5 § 15, L. 6 u. L. 7 D. commod. 13. 6 und Beurteilung dieses Vertrages nach heut. Recht (Diss.) — Berlin Schneller '08, p. 71.

CONRAD-BALDENSTEIN U. Die actio negatoria mit bes. Berücks. der Beweislast (Diss.) — Zürich Orell Füssli '07, p. 42.

CONRAT (Cohn) M. *vedi* pag. 153; Amsterdam Müller '07, p. 257, M. 6.

CORPUS INSCRIPTIONUM ETRUSCARUM ... Vol. II s. I. f. 1 — Lipsiae apud A. Barth '07, p. 104 in-f.

CORPUS INSCRIPTIONUM LATINARUM ... Vol. XIII p. 2 fasc. 2 — Berolini apud Reimerum '07, p. 31-38 e 505-713 in-f.

CORPUS IURIS CIVILIS Ed. stereot. XI: Vol. I Institutiones, re-

cognovit P. KRUEGER; Digesta, recognovit TH. MOMMSEN, retractavit P. KRUEGER — Berolini apud Weidmannos '08, p. xxii-959, M. 10.

COSTA E. Storia delle fonti del dir. rom. — Torino Bocca '09, p. xi-239, L. 7.

CRÉMIEU L. La justice privée. Son évolution dans la procédure rom. — Paris Larose et Tenin '08, p. xv-324, fr. 8.

CUGIA S. *vedi* GLÜCK C. F.

CUTURI T. Trattato delle compensazioni nel dir. priv. ital. — Milano Soc. ed. libr. '09, p. viii-459, L. 10.

CZYHLARZ C. v. Lehrbuch der Institutionen des röm. Rechtes, 9 u. 10 Aufl. — Wien Tempsky (Leipzig Freitag) '08, p. x-403, M. 10.

DAHL F. von Vangerow, Windscheid, Zachariae v. Lingenthal in SALMONSENS STORE ILLUSTRERED KONVERSATIONSLÆXIKON Vol. XVIII. Beauchet, Bechmann, Bekker, Conrat, Costa, Dernburg, Exner, Fitting *ivi* Vol. XIX — Kjobenhavn '07 e '08-09.

DARESTE R. Études d'histoire du droit. Première Série 2^e éd. conforme à la 1^e (1888) — Paris Larose et Tenin '08, p. xiv-417, fr. 10.

DAREMBERG CH., SAGLIO E., POTTIER E. *vedi* DICTIONN. sotto.

DE FEO G. La dote nel dir. rom. con un cenno sulla dote nel dir. orientale-greco-germanico — Palermo Reber '08, p. 210, L. 3.

DEMOTISCHE PAPYRUS von der Insel Elephantinè veröffentlicht u. bearb. von W. SPIEGELBERG I Tl. nr. 1-13 — Leipzig Hinrichs '08, p. 27 e 10 tav. in-4, M. 12.

DE RUGGIERO E. Dizionario epigrafico di antichità romane. Fascicoli 100-3, Vol. II fasc. 48-51 (... Decuria - Denarius...) p. 1505-1632 — Roma Pasqualucci '08 e '09, L. 1.50 il fasc.

DESSERTAUX F. *vedi* più avanti pag. 296 — Paris Rousseau '09, p. 387, fr. 6.

DICTIONARY OF POLITICAL ECONOMY edited by R. H. I. PALGRAVE. Vol. III N-Z (Reprint, 1899, with App), voci *Partnership (History of)*, *Plato*, *Publicani*, *Roman Law*, *Savigny*, *Will (Bequest by)* ed altre minori — London Macmillan '08.

DICTIONNAIRE DES ANTIQUITÉS GRECQUES ET ROMAINES... CH. DAREMBERG, E. SAGLIO, E. POTTIER Fasc. 42, ... *sacrificium* - *sculptura* ..., (Vol. IV p. 2) — Paris Hachette '09, p. 977-1136 in-4, fr. 5.

DIENSTAG P. Die rechtl. Natur des pignus in causa iudicati captum. Ein Beitrag zur Lehre von der Zwangsvollstreckung nach röm. R. — München Steinebach '08, p. xv-122, M. 2.50.

DIGESTA IUSTINIANI AUGUSTI recognoverunt et ediderunt P. BONFANTE, C. FADDA, C. FERRINI, S. RICCOBONO, V. SCIALOJA. Libri I-XXVIII — Mediolani Soc. ed. libr. '08, p. ix-696 in-16, L. 8.

DIZIONARIO EPIGRAFICO *vedi* DE RUGGIERO E.

DOEBEL W. Die Bereicherung als Gegenstand der röm. condictio u. des Anspruchs aus § 812 BGB. (Diss., Heidelberg) — '08, p. 66.

DOBENECK C. v. L. 22 § 1, L. 23, L. 24 D. de eviction. 21. 2 u. ihre Stellung gegenüber dem heut. R. (Diss., Heidelberg) — '08, p. 56.

DRACHMANN A. B. Lidt om romersk Ret (Sguardo al dir. rom.) in NORDAHL ROLFSEN Verdenhistorien (Storia univ.) — Kjobenhavn Gyldendal '08, p. 341-9.

ID., FEDERSPIEL H. Romerske Retschilder i Udtag (Fonti giur. rom. scelte e tradotte) — id. '07, p. 414. K. 8.50.

DUBOIS Ch. Etude sur l'administration et l'exploitation des carrières, marbres, porphire, granit etc. dans le monde rom. (Thèse) — Paris Fontemoing '08, p. XLVIII-179, fr. 5.

DUMAS A. Etude sur le droit romain en pays de droit écrit. La condition des gens mariés dans la famille périgourdine au xv^e et au xvi^e siècle — Paris Larose et Tenin '08, p. 342.

EHRMANN Ph. De iuris sacri interpretibus Atticis — Giessen Töpelmann '08, p. II-62, M. 1.80 (Religionsgesch. Versuche u. Vorarbeiten hrsg. von A. DIETERICH u. R. WÜNSCH Bd. IV Heft 3, p. 346-408).

EMELINA L. Essai d'une théorie générale sur la clientèle (Thèse) — Nice '07, p. 168.

ERDMANN W. Die Entwicklung der Testirfreiheit in röm. R. (Diss., Jena) — '08, p. 31.

ERMAN H. Zur Behandl. der Aktionen in den nachklass. Rechtsbüchern — in MÉLANGES FITTING t. II p. 583-599.

FADDA C. *vedi* DIGESTA e TEORIA DELLA PROPRIETÀ.

FEDERSPIEL H. *vedi* DRACHMANN A. B.

FERRERO G. Grandeur et décadence de Rome Tom. V La République d'Auguste. Traduit de l'ital. par M. MENGIN — Paris Pion et Nourrit '07, p. 299 in-16, fr. 3.50.

FERRINI C. *vedi* DIGESTA e FONTES IUR. ROM. ANTEIUSTINIANI.

FERRINI C. e PULVIRENTI G. Delle servitù prediali Vol. I — Napoli Marghieri (Torino Unione tip. ed.) '08, p. 750, L. 16 (IL DIR. CIV. ITAL ... per cura di P. FIORE Vol. III della Parte V).

FILOTTI C. A. La condition résolutoire en dr. rom. et en dr. fr. (Thèse) — Paris Giard et Brière '08, p. 99, fr. 175.

FISCHER F. Senatus Romanus qui fuerit Augusti temporibus (Diss.) — Berolini '08, p. 125.

FITTING H. Alter u. Folge der Schriften röm. Juristen von Hadrian bis Alexander, 2^e völlig neue Bearb. — Halle Niemeyer '08, p. x-130, M. 3.60.

Id. *vedi* MÉLANGES FITTING.

FLEISCHMANN M. Ueber den Einfluss des röm. Rechts auf das deutsche Recht — in MÉLANGES FITTING t. II p. 635-698.

FLINIAUX A. Le vadimonium (Thèse) — Paris Rousseau '08, p. viii-165, fr. 2.50.

FONTES IURIS ROMANI ANTIQUI ed. C. G. BRUNS. Post curas TH. MOMMSEN editionibus quintae et sextae adhibitae septimum ed. O. GRADENWITZ. P. I, II — Tubingae in libr. Mohrri '09, p. xx-435, e viii-91, M. 7.60 e 2.20.

FONTES IUR. ROM. ANTEJUSTINIANI in usum scholarum edd. S. RICCOBONO, G. BAVIERA, C. FERRINI. Leges, auctores, leges saeculares — Florentiae ap. Barbèra '09, P. I p. xvii-376, P. II p. xvii-684, in-16, L. 17.

FOWLER W. W. Social Life at Rome in the Age of Cicero. With Maps and Plans — London Macmillan '08, p. xiii-362, s. 10.

FREIWALD F. Vergleichung der Vorschriften des BGB. üb. den Grenzüberbau mit den nach gem. R. geltenden Rechtssätzen (Diss., Rostock) — '08, p. 96.

FRITSCH E. Paragraph 931 BGB u. die Cession der rei vindicatio (Diss.) — Coburg Rossteutscher '07, p. 108.

FRITSCH K. E. Welche Zwecke verfolgte die exceptio quod praedictum hereditati non fiat u. wie werden diese Zwecke im heut. R. erreicht (Diss., Breslau) — '08, p. 45.

FROEBER G. Die rechtl. Konstruktion des Pfandrechts an Rechten im früheren R. u. nach dem BGB. (Diss.) — Weimar Roltseh '07, p. vii-93.

GABLENZ H. A. v. Die Spezifikation nach röm. u. heut. R. (Diss.) — Berlin Dreyer '08, p. 47.

GANGI C. I legati nel dir. civ. ital. con riguardo alla giurispr., al dir. rom. e alle moderne legislazioni. Parte generale. Vol. I — Roma Loescher '08, p. 259, L. 7.

GAUDENZI A. Il tempio della giustizia a Ravenna e a Bologna e il luogo in esso tenuto dal dir. longobardo — in *MÉLANGES FITTING* t. II p. 699-735.

GEIGER L. Der Ueberschuss aus dem Fahrnispfanderloss (hyperocha) nach röm., deutsch. u. bürgerl. R. (Diss.) — Erlangen '07, p. xi-86.

GENUARDI L. Il papa Eugenio III e la coltura giuridica in Roma — in *MÉL. FITTING* t. II p. 385-390.

GERNET L. *vedi* UNIVERSITÉ DE PARIS.

GIORGI G. Teoria delle obbligazioni nel dir. mod. ital., esposta con la scorta della dottr. e della giurispr., 7 ed., Vol. IV, lib. II: Fonti (cont. e fine dei contratti) — Firenze Cammelli '08, p. xii-634, L. 9.

GIRARD P. F. Le manuscrit des *gromatici* de l'évêque Jean du Tillet — in *MÉL. FITTING* t. II p. 235-286.

Id. Manuale elementare di dir. rom. Versione it. sulla 4 ed. franc. con aggiunte dell'A. e con postille bibliografiche di C. LONGO — Milano Soc. editr. libr. '09, p. xix-1121, L. 24.

Id. Geschichte u. System des röm. Rechts (Manuel élém. de dr. rom.) Uebersetzt u. mit Zusätzen versehen von R. v. MAYR. II (Schluss) Teil: Recht der Schuldverhältnisse, Erbrecht, Zivilprozess — Berlin Vahlen '08, p. xiii-421-1223, M. 10 (vollst. M. 17).

GLÜCK C. F. Commentario alle Pandette: lib. 27 p. 673-876 (fine), trad. e annot. da C. LONGO, fasc. 570-4 a; lib. 37-38 p. 5^a di B. G. LEIST p. 433-640 (fine), id. da S. CUGIA, fasc. 574 b-576 e 579 b-580-581 a — Milano Soc. ed. lib. '08, L. 4.50, 2.50 e 2 (I volumi L. 18 e L. 13.50).

GRADENWITZ O. *vedi* FONTES IUR. ROM. ANT.

GRENPELL B. P. and^a HUNTH A. S. *vedi* OXYRHYNCHUS PAPYRI.

GROSS P. Inwieweit kann der Pflichtteilsberechtigte die Herausgabe von Geschenken verlangen? Dargestellt unter Berücks. der geschichtl. Entwickl. (Diss.) — Neisse Bär '07, p. 38.

GRUNOW G. Die Tierhaftung nach dem BGB. u. gemäss L. 1 §§ 4-11 D. 9. 1 (Diss., Heidelberg) — '07, p. 75.

GUIRAUD P. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

GÜNTHER H. Die Verpfändung des Niessbrauchs nach röm. R. u. BGB. (Diss., Erlangen) — '08, p. viii-40.

HAHN L. Romanismus u. Hellenismus im Röm. Reich bis auf die Zeit Justinians — Leipzig Dieterich '08, p. 45 (= Id. Sprachenkampf etc. *vedi* qui Fasc. I-III pag. 146).

HAHNE E. Die objectiven Voraussetzungen des Erwerbes einer Servitut durch Ersitzung nach gem. R. u. dem BGB. (Diss.) — Erlangen Junge '07, p. VIII-60.

HARTMANN L. M. Theodor Mommsen. Eine biographische Skizze — Gotha Perthes '08, p. v-259, M. 4.

HEDDING O. Das gemeinschaftl. Dotalsystem u. seine Anwendung nach dem bürgerl. R. mit bes. Berücks. des praedium dotale (Diss., Heidelberg) — '08, p. 40.

HEILBORN E. Tignum iunctum, plantatio u. accessio (Diss.) — Breslau '07, p. 37.

HEIMANN C. Der Frukterwerb nach gem. R. u. nach dem BGB. (Diss., Leipzig) — '08, p. 86.

HETTMANNSPERGER A. Der Rechtsschutz des Niessbrauchers nach dem BGB. unter Berücks. des gem. R. (Diss., Heidelberg) — '08, p. 36.

HEYN J. Das eigene Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach gem. R. u. dem Recht des BGB. (Diss.) — Greifswald Abel '07, p. 71.

HILLE G. E. W. VAN Over het stemrecht in de tribus (Sul diritto di voto nella tribus) — '07.

HINOJOSA E. DE La réception du droit rom. en Catalogne — in MÉLANGES FITTING t. II p. 391-408.

HIRSCH C. Die Ehemündigkeit ... nach d. BGB mit Berücks. d. gesch. Entw. (Diss.) — Leipzig Wigand '07, p. 90.

HOEKSTRA I. E. De decemviri en hunne wetgeving (I decemviri e la loro legislazione) (Diss.) — Leiden van Doesburgh '08, p. 116.

HOHENSTEIN A. Zur Darlehenslehre nach BGB. (Diss.) — Bonn Foppen '07, p. III-135.

HOLLANDER H. v. Zur Lehre vom Error nach röm. Recht, 2 (Titel) Ausgabe ('98) — Halle Niemeyer '08, p. x-179, M. 5.

HOLM A. *vedi* BIBLIOTECÀ DI STORIA ECONOMICA.

HÖPKER-ASCHOFF H. Besitzwille u. Eigenbesitz (Diss.) — Herford Heidemann '07, p. 88.

HUSCHKE PH. E. *vedi* IURISPRUD. ANTEIUST.

INSCRIPTIONES GRAECAE consilio et auctoritate Academiae Litte-

rarum Regiae Borussicae editae. Vol. IX pars 2 — Berolini ap. Reimerum '08, p. xxxii-338 in-f.° (Tabula geogr.), M. 49.

ISTITUZIONI DELL'IMP. GIUSTINIANO (LE). Libri quattro riscontrati sui migliori testi e tradotti da A. MAZZINI. Con i commentarii a ciascun titolo e note di confronto col Cod. civ. italiano. Libro I, Vol. I — Aquila Vecchioni '08, p. iv-161, L. 5.

IURISPRUDENTIAE ANTEIUSTINIANAE RELIQUIAS in usum maxime academicum compositas a PH. E. HUSCHKE ed. VI aucta et emendata edd. E. SECKEL et B. KUEBLER. Vol. I — Lipsiae in aed. Teubneri '08, p. xxxi-503, in-16, M. 4.40.

IUSTINIANI INSTITUTIONES recensuit P. KRUEGER, editio tertia — Berolini apud Weidmannos '08, p. viii-175, M. 1.60.

JACOBY T. Zwei Fragen aus der Lehre der Korrealobligationen nach Massgabe der L. 71 D. 46. 1. Welche Wirkung hat die confusio im Korrealverhältnisse? Gibt es eine allgemeine Regressklage unter den correi? (Diss., Heidelberg) — '08, p. 53.

JOUGUET P. *vedi* PAPHYRUS GRECS.

KALVELAGE H. Die rechtl. Natur des sogen. negotium mixtum cum donatione nach neuem R. auf gesch. Grundlage (Diss.). — Dülmen Sievert '07, p. 51.

KAEMMERER H. Die Zulässigkeit einer Stellvertretung in Besitzerwerb nach dem R. des BGB. unter Berücks. des röm. u. gem. R. — Halle Kaemmerer '08, p. xv-190, M. 3 (*Vedi* fasc. I-III, p. 122).

KAERST J. Geschichte des hellen. Zeitalters II Bd. I Hälfte: Das Wesen des Hellenismus — Leipzig u. Berlin Teubner '09, p. xii-429, M. 12.

KIKATH C. Kann nach gem. R. u. BGB. derjenige der in entschuldbarer Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis eine Forderung bezahlt hat das Gezahlte mit der cond. indebiti zurückfordern? (Diss.) — Schöneberg-Berlin '07, p. vii-93.

KIPP TH. Geschichte der Quellen des römischen Rechts 3^o Aufl. — Leipzig Deichert '09, p. viii-189. M. 4.20.

KISSLER H. Hat der Käufer eines Grundstücks nach der Besitzübertragung aber vor der Auffassung u. Zahlung des nichtkreditirten Kaufpreises gegen einen früheren Pächter, welcher Sachen auf dem Grundstück zurückgelassen hat, irgendwelche Rechtsbehelfe? (Diss.) — Herford Heidemann '07, p. 59.

KOCH F. Die Praediatura. Ein Beitrag zur Lehre vom röm. Staatsvermögensrecht (Diss., Rostock) — '08, p. VIII-64.

KRÜGER P. *vedi* CORPUS IUR. CIV. E IUSTINIANI INSTIT.

KÜBLER B. *vedi* IURISPRUDENTIAE ANTEIUSTINIANAE REL.

KÜBLER J. Das Recht der Schenkung nach BGB. im Vergleich mit dem gem. R. (Diss.) — Colmar Jung '07, p. 94.

LABRIOLLE P. DE Tertullien, de praescriptione haereticorum. Texte latin. Trad. fr., introd. et index — Paris Picard '07, p. LXVIII-114 in-16, fr. 2.

LATZEL V. Begriff u. Umfang des Zubehörs nach früherem u. heut. R. (Diss.) — Heidelberg Rössler '07, p. VI-46.

LAUNSPACH CH. W. L. State and Family in Early Rome — London Bell '08, p. XX-288, s. 7.6.

LECLERCQ H. voci: *Accusations contre les Chrétiens* (col. 265-307), *Ad bestias* (col. 449-462), *Ad metalla* (col. 467-474), *Adultère* (col. 546-550), *Affranchissement* (col. 554-576), *Agricoles classes* (col. 984-1035), *Amendes dans le droit funéraire* (col. 1575-97), *Assesseur* (col. 2982-3), *Avocats* (col. 3243-52), *Baillon* (col. 70-72), *Banque, Banquiers* (col. 198-205); in DICTIONNAIRE D'ARCHÉOL. CHRÉT. ET DE LITURGIE publié par F. CABROL. Tom. I A, Tom. II B — Paris Letouzey et Ané '07, in-4.

LEDL A. Studien zum attischen Epiklerenrechte. (Progr., Graz) — '07, p. 18.

LEFEBVRE G. *vedi* RECUEIL etc.

LEICHT P. Formularii notarili nell'Italia settentrionale — in MÉL. FITTING t. II p. 47-59.

LEISI E. Der Zeuge im attischen R. — Frauenfeld Huber '08, p. XII-167, M. 3.20.

LEIST B. G. *vedi* GLÜCK C. F.

LEONHARD R. Ein Papyrus aus der Zeit des spätröm. Prozessrechts — in MÉL. FITTING t. II p. 61-75.

LEWALD H. Beiträge zur Kenntnis des röm.-ägyptischen Grundbuchrechts (Diss.) — Leipzig Veit '09, p. V-100, M. 3.50.

LEWIN M. Schadenersatzforderungen an Drittenkontrahenten bei der Verkaufskommission, mit bes. Berücks. d. röm. u. gem. R. (Diss.) — Berlin Hermann '07, p. 52.

LIEBREICH R. H. Wie ist die L. 11 D. 46, 3 mit L. 15 D. 46, 3 zu vereinigen? Gelten die in beiden Stellen enthaltenen Grundsätze auch heute? (Diss., Heidelberg) — '08, p. VII-42.

LIPPE E. v. Versuch einer Interpretation der L. 7 § 6 D. pro empt. 41. 4. Ein Beitrag zur röm. Ersitzungslehre (Diss., Heidelberg) — '07, p. 49.

LITTEN F. Ueber « Lo Codi » und seine Stellung in der Entwickelungs-Gesch. des Culpa Problems — in MÉL. FITTING t. II p. 601-634.

LONGO C. voci *Operae*... e *Codex accepti et expensi* in ENCICL. GIUR. IT. fasc. 490 (Vol. XII p. 2) p. 420-432 e fasc. 502 (Vol. III p. 2 A) p. 675-8, in-4 — Milano Soc. ed. libr. s. a. ('08 e '09), L. 2 il fasc.

Id. *vedi* GIRARD P. F. e GLÜCK C. F.

LÜDKE G. Ueb. das Verhältnis von Staat u. Erziehung in Platos πολιτεία (Diss., Erlangen) — Berlin Frenkel '08, p. 38.

LYNCKE K. Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft in röm. u. heut. R. (Diss.) — Berlin Pilz '08, p. XII-88.

MAINE H. S. Ancient Law. New Ed. with Introd. and Notes by F. POLLOCK (New impression, '06) — London Murray '07, p. xxiv-426, s. 5.

MAINZER R. Die ästimatorische Injurienklage in ihrer gesch. Entw. (Diss., Tübingen) — '08, p. 109.

MARRACINO A. voce *Patria potestà*... *Dir. rom.* in IL DIGESTO ITAL. disp. 667 (13^a del Vol. XVIII, p. 1), p. 740-767 in-4 — Torino Unione tip.-ed. '08, L. 2 la disp.

MARTIN A. *vedi* qui Fasc. I-III pag. 144 — Paris Klincksieck '07, p. 64 in-4, fr. 270.

MATTIL J. Actio Publiciana und Anspruch aus § 1067 des BGB. (Diss., Heidelberg) — '08, p. 51.

MAY G. Eléments de droit rom. à l'usage des étudiants, 10 éd. — Paris Larose et Tenin '09, fr. 10.

MAZZINI A. *vedi* ISTITUZIONI.

MEISTER R. M. E. Eideshelfer im griech. R. (Diss.) — '08, p. 32.

MÉLANGES FITTING t. 2^e — Montpellier Imprim. génér. du midi '08, p. 748, fr. 20 les deux volumes.

MELTZL V. v. Ueber die realen Grundlagen des Obligationalen-Vinculum in der röm. Juristensprache. Eine Hypothese — Kolozsvár (Klausenburg) Stein '08, p. 19, M. 1.20.

Id. Az Obligatio személyi természete (La natura personale dell'obl.). — id., p. 85.

MEYER A. Die Wirkungen der Legitimation der unehelichen

Kinder nach gem. u. nach heut. bürgerl. R. (Diss.) — Borna-Leipzig
Noske '07, p. VIII-32.

MEYER E. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

MEYER P. Das gemeinschaftliche Testament des BGB. Eine geschichtl.-dogm. Abhandlung — Marburg Elvert '08, p. v-64, M. 1.20.

MEYNIAL E. Notes sur la formation de la théorie du domaine divisé (domaine direct et domaine utile) du XII^e au XIV^e siècle dans les romanistes. Étude de dogmatique juridique — in MÉL. FITTING t. II p. 409-461.

Id. *vedi* qui più avanti pag. 299.

MILONE F. Schema del Corso di Storia del dir. rom. dettato nell'Univ. di Napoli, 4 ed. (Rist., '99) — Napoli '07.

MOMMSEN TH. Römische Geschichte. I Bd. 10 Aufl. Bis zur Schlacht von Pydna — Berlin Weidmann '07, p. x-944, M. 10.

Id. Gesammelte Schriften V Bd., Historische Schriften II Bd. — Berlin Weidmann '08, p. vi-617 mit 1 Tafel, M. 15 *).

Id. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECON. e CORPUS IUR. CIV.

*) **Inhaltsverzeichnis:** I. De comitio Romano curiis Ianique templo. — II. Privilegi militari. — III. Sul fornice Fabiano. — IV. Topographische Analecten. — V. Das Atrium Libertatis. — VI. Zum römischen Strassenwesen. — VII. Die untergegangenen Ortschaften im eigentlichen Latium. — VIII. Zum römischen Bodenrecht. — IX. Die italische Bodenteilung und die Alimentartafeln. — X. Die libri coloniarum. — XI. Ueber die lex Mamilia Roscia Peducaea Alliena Fabia. — XII. Die italischen Bürgercolonien von Sulla bis Vespasian. — XIII. Ueber zwei römische Colonien bei Velleius Paterculus. — XIV. Die Colonie Casinum. — XV. Die römische Tribuseinteilung nach dem marsischen Krieg. — XVI. Die italischen Regionen. — XVII. Ueber die Unteritalien betreffenden Abschnitte der reვენnatischen Kosmographie. — XVIII. Su alcuni punti della geografia del Piemonte antico. — XIX. Decret des Proconsuls von Sardinien L. Helvius Agrippa vom J. 68 n. Chr. — XX. Die Schweiz in römischer Zeit (mit einer Tafel). — XXI. Schweizer Nachstudien. — XXII. Die keltischen Pagi. — XXIII. Der oberrheinische Limes. — XXIII a. Die Limesgelehrten des Herrn Lieber. — XXIV. Der Begriff des Limes. — XXV. Procurator tractus Sumelocennensis. — XXVI. Die Stadtverfassung Cirtas und der Cirtensischen Colonien. — XXVII. Papyrus Berolinensis. — XXVIII. Der Rechtsstreit zwischen Oropos und den römischen Steuerpächtern. — XXIX. Zu dem Senatsbeschluss von Tabae. — XXX. Die Einführung des Asianischen Kalenders. — XXX a. Inscriptio Apamensis. — XXXI. Volksbeschluss der Ephesier zu Ehren des Kaisers Antoninus Pius. — XXXII. Stadtrechtbriefe von Orkistos und Tymandos. — XXXIII. Die römische Provinzialautonomie. — XXXIV. Zu Fr. Le-norments Lexicon geographicum. — XXXV. Die Städtezahl des Römerreichs. — XXXVI. Verzeichnis der römischen Provinzen. — XXXVII. Boden- und Geldwirtschaft der römischen Kaiserzeit (Manuscript).

MONNIER H. La Novelle XX de Léon Le Sage — in MÉL. FITTING t. II p. 121-164.

MÜLLER F. Beiträge zur Interpretation der L. 38 D. de rei vindic. 6, 1 (Diss., Leipzig) — '08, p. 48.

MUELLER H. U. Die exceptio u. numer. pec. des röm. R. Ein Beitrag zur Beurteilung derselben (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '08, p. 50.

MÜNSTER P. Die Umwandlung eines depositum in ein mutuum oder in ein depos. irreg. (Diss.) — Berlin Paul '07, p. 106.

NIKONOV S. P. Actio spolii — Charkov '08.

NISSEN H. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

OTTO W. Priester u. Tempel im hellenistischen Aegypten. Ein Beitrag zur Kulturgesch. des Hellenismus, II (Schluss) Bd. — Leipzig Teubner '08, p. vi-417, M. 14.

OXYRHYNCHUS PAPYRI (THE) Part. VI. Edited with translation and notes by B. P. GRENFELL and A. S. HUNT — London Egypt Explor. Fund '08, p. xiv-381 in-4, with 6 plates, s. 25.

PACCHIONI G. Corso di diritto romano. Vol. II: Le istituz. del dir. priv. Puntate 1-3 e 4 — Torino Unione tip.-ed. '06-'08 e '09, p. 1-375 e 377-504, L. 5 e 1.60.

PALGRAVE R. H. I. *vedi* DICTIONARY OF POLITICAL ECONOMY.

PAPPULIAS D. Ἡ ἐμπράγματος ἀσφάλεια — Leipzig '08.

PAPYRUS GRECS publiés sous la direction de P. JOUGUET avec la collaboration de P. COLLART, J. LESQUIER, M. XOUAL (Institut papyrol. de l'Univ. de Lille) T. I f. 2 — Paris Leroux '08, p. 69-132, in-4.

PARETO V. *vedi* BIBLIOTECA DI STORIA ECONOMICA.

PARTSCH J. Griechisches Bürgschaftsrecht. I Tl. Das R. des altgr. Gemeindestaats — Leipzig u. Berlin Teubner '09, p. viii-434, M. 14.

PAULY-WISSOWA Realencyclopädie der class. Altertumswissenschaft, XII Halbband ... *Fabri-Fiducia* ... (86, 87 Lief.) — Stuttgart Metzler s. a. ('09), col. 1921-2304 ...

PEROZZI S. Istituzioni di dir. rom., vol. II (Obblig. ed azioni, Dir. ered., Donazioni) — Firenze Barbèra '08, p. 605 in-16, L. 4.

ΠΕΤΡΑΚΑΚΟΣ Δ. Α. Οἱ μοναχικοὶ θεσμοὶ ἐν τῇ ὀρθοδόξῃ ἀνατολικῇ ἐκκλησίᾳ. Τόμ. Α' — Ἐν Λειψίᾳ καὶ Ἀθήναις '07, p. xxviii-195, M. 7.

PFLÜGER H. H. Nexum u. mancipium — Leipzig Duncker u. Humblot '08, p. iii-104, M. 2.80.

PLATO Staat. Uebers. von F. SCHLEIERMACKER, erläut. von J. A. v. KIRCHENEIM, 3 Aufl. durchges. von TH. SIEGERT — Leipzig Dürr '07, p. vi-426, M. 4.

Id. Der Staat. Deutsch von A. HORNEFFER — Leipzig Werner Klinkhardt '08, p. xiii-357, M. 4.

Id. Id. von K. VON PRANTL, 3 Lfg. 4 Aufl. p. 97-144 — Berlin-Schöneberg Langescheidt '08, Jede Lfg. M. 0.35.

Id. The Republic. Transl. into English with An Introd. by A. D. LINDSAY — London Dent '07, p. 304, s. 7. 6.

Id. Id. edited with crit. notes comment. and append. by J. ADAM. Vol. II, B. VI-X and Ind. — Cambridge Univ. Press '07, p. 532.

POLLOCK F. *vedi* MAINE H. S.

POULIMENOS A. Obligation u. Vermögenswert nach dem Corpus iur. civ. (Diss.) — Rosswein Haubold '08, p. 85, M. 1.20.

PRENTICE W. K. Greek and Latin Inscriptions, with illustr. — New York '07, in-4.

PULVIRENTI G. *vedi* FERRINI C.

PUTZ C. Prüfungsfragen u. Antworten aus dem röm. Institutionenrecht, I: Allgem. Tl., Sachenrecht, Obligationenrecht, 3 Aufl. (Der Prüfungskandidat XV) — Wien Huppitsch '09, M. 1.50.

RAMBACH A. v. Inhalt der lex Cincia (Diss., Leipzig) — '08, p. 31.

RECUEIL DES INSCRIPTIONS GRECQUES-CHRETIENNES D'EGYPTE par G. LEFEBVRE — Paris Leroux '08, p. xl-176 in-4, fr. 52.

REINHARDT F. Die Bestimmungen der l. 51 pr. D. 5. 3 u. ihre Weiterentwicklung im preuss. ALR. u. im BGB. (Diss., Heidelberg) — '08, p. 46.

RENSCH G. De manumissionum titulis apud Thessalos (Dissert. philol. Halenses. Vol. XVIII p. 2) — Halle Niemeyer '08, pagg. v u. 61-131 mit 2 Fig., M. 2.40.

RICCOBONO S. Il valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del Corpus iur. civ. — in M&L. FITTING t. II p. 467-497 (= in *Atti dell'Accad. di Palermo*, più avanti pag. 286.

Id. *vedi* DIGESTA IUST. AUG. e FONTES IUR. ROM. ANTEIUST.

ROSSI L. voce *Procedimento civile* (*Forme del*), *Diritto romano* in IL DIGESTO ITAL., disp. 676 (6^a del Vol. XIX p. 2) p. 351-365 in-4 — Torino Unione tip.-ed. '09, L. 2 la disp.

SACCHI A. voci *Nuncupatio* e *Municipes municipium* in IL DI-

gesto It., disp. 645 (10^a del Vol. XVI) p. 583-4 in-4 e disp. 671 (18^a del Vol. XV p. 2) p. 1089-92 in-4 — id. '07 e '09.

Id Trattato teorico-pratico delle servitù prediali. Vol. III (Servitù nell'utilizzazione del suolo proprio e per utilizzazione dell'altrui. Indice alfab.-anal. dell'Opera) — id. '08, p. 986, L. 16.

SACCHI U. voce *Clausola penale* in ENCICL. GIUR. ITAL. fasc. 496 (Vol. III p. 2 A) p. 633-643 in-4 — Milano Soc. ed. libr. s. a. ('08), L. 2 il fasc.

SACHAU E. vedi SYRISCHE RECHTSBÜCHER.

SAIGGE B. Das Wesen der sog. juristischen Personen. Ein Versuch die Gegensätze der röm. u. germ. Theorien über das Wesen der jur. Pers. in einer einheitl. Auffassung zu lösen (Diss., Leipzig) — '07, p. 38.

SAVIGNY, EICHORN, GIERKE Y STAMMLER. La Escuela histórica del Derecho. Documentos para su estudio. Traducciones del alemán por R. ATARD — Madrid Tello '08, p. 317, P. 4.

SCHANZ M. Geschichte der röm. Litteratur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaiser Iustinians. I Tl. 1 Abt., 2 Abt., 3 Aufl. (Handb. d. klass. Altertums-Wiss. hrsg. von I. v. MÜLLER VIII Bd.) — München Beck '07, '09, p. XII-362 e XII-531, M. 7 e 10.

SCHARECK K. H. Das vertragsmässige Rücktrittsrecht nach gem. R. u. dem R. des BGB (Diss.) — Greifswald Abel '07, p. 63.

SCHEEL H. v. vedi BIBLIOT. DI STORIA ECON.

SCHNEIDER K. Das Recht der Untermiete nach gem. R. u. d. R. des BGB. (Diss., Greifswald) — '07, p. 99.

SCHOLZ L. Ueber die Haftung für den Einsturz von Gebäuden u. anderen Werken. Historisch dargestellt bis zur Einf. des BGB. (Diss.) — Berlin Streisand '07, p. 86

SCHRÖDER R. Die rechtsgeschäftliche Entsehung des Sachniessbrauchs nach gem. R. u. BGB. (Diss., Breslau) — '08, p. VIII-48.

SCHULTE J. Quomodo Plato in Legibus publica Atheniensium instituta respexerit (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. 80.

SCHULTZE V. voce *Theodosius I röm. Kaiser* nella REALENCYKLOPÄDIE FÜR PROTESTANT. THEOLOGIE U. KIRCHE begründet von J. J. HERZOG in 3er Aufl. hrsg. von A. HAUCK XIX Bd. p. 615-621 — Leipzig Hinrichs '07.

SCHWENK F. Beiträge zur Lehre von Gesellschaft nach röm. R.

u. d. BGB. entwickelt an der lex 62 D. pro socio 17.2 (Diss., Erlangen) — '08, p. 63.

SCIALOJA V. Diritti reali (Proprietà). Lezioni dettate nell'Università di Roma nell'a '07-08, compilate per cura di L. BIAMONTI e G. STORCH — Roma Associaz. Univ. Rom. '08, p. 628, L. 12.

Id. *vedi* DIGESTA IUST. AUG.

SECKEL E *vedi* IURISPRUD. ANTEIUST. REL.

SENÉ A. De la résurrection du sénatus-consulte Velléien au Bas-Canada — Paris Giard et Brière '07, p. 158.

SERAFINI F. Istituzioni di dir. rom. comparato al dir. civ. patrio. 8 ed. curata da E. SERAFINI. Volumi 2 — Torino Unione tip.-ed. '09, p. VIII-398 e 370, L. 14.

SILVAGNI U. L'Impero e le donne dei Cesari, 2 ed. — Torino Bocca '09, p. VII-439 in-12, L. 5.

SIMON F. Die irrthümliche Uebergangung eines Pflichttheilsberechtigten bei der Erbeinsetzung nach röm. gem. u. heut. bürgerl. R. (Diss., Leipzig) — '08, p. 64.

SINAISKY W. Saggi di storia agraria e giuridica nell'antica Roma (in russo) Vol. I — Jurjew (Dorpat) '08, p. XVIII-210, R. 2.

SKALKA W. Negotium mixtum cum donatione nach gem. R. u. BGB. (Diss.) — Würzburg Staudenraus '07, p. VIII-76.

SKARZYNSKI Z. v. Die röm. Grundsätze üb. die fideiussio indemnitis in ihrer Bedeutung für das Bürgschaftsrecht des BGB (Diss., Heidelberg) — '08, p. 36.

SNAY C. G. Der Umfang des freien Kindesvermögens. Dargestellt unter Berücks. der geschichtl. Entwick. (Diss.) — Borna-Leipzig Noske '07, p. 37.

SORGE-VADALÀ G. I rapporti di vicinato — Torino Bocca '09, p. 294, L. 7.

SPIEGELBERG W. *vedi* CATALOGUE GÉN. DES ANTIQ. ÉGYPT.

Id. *vedi* DEMOTISCHE PAPYRUS.

STOLFI N. Questioni di diritto. Vol. I — Salerno Offic. tip. Salernitana '08, p. 150.

STOUFF L. L'interprétation de la Loi Romaine des Wisigoths dans les formules et les chartes du VI^e au XI^e siècle — in MÊL. FITTING t. II p. 165-188.

STRICKER J. Der Rechtsbegriff des Schatzes, insb. sein Verhältnis

zum Bestandteile u. zur verlorenen Sache im Gem. R. u. d. R. des BGB. (Diss., Heidelberg) — '08, p. 59.

SYRICHE RECHTSBÜCHER II Bd. Richterliche Urteile des Patriarchen Chenânîschô. Gesetzbuch des Patriarchen Timotheos. Gesetzbuch des Patr. Jesubarnum. Hrsg. u. übersetzt von E. SACHAU — Berlin Reimer '08, p. xxxiv-212 in-4, M. 16.

SZANTO E. (†) voce *Aristoteles* in HANDWÖRTERBUCH DER STAATSWISSENSCHAFTEN hrsg. von J. CONRAD... 3 Aufl. I Bd. p. 1224-32 — Jena Fischer '09.

TALAMO S. Il concetto della schiavitù da Aristotele ai dottori scolastici — Roma Unione coop. ed. '08, p. vii-252, L. 6.

TAYLOR H. The Science of Jurisprudence (... External History of R. Law) — New York Macmillan '08, p. lxxv-676.

TEORIA DELLA PROPRIETÀ. Parte speciale. Lezioni raccolte da G. ARE. Univ. di Napoli, Corso uffic. di dir. rom. a. '07-08 (prof. C. FADDA) fasc. 3 (ult.) — Napoli Alvano '08, p. 177-300, compl. L. 10.

TERTULLIEN *vedi* LABRIOLLE P. DE

TESTAUD G. Recherches sur l'Ecole de droit d'Orléans. Une *repetitio* de Guillaume de la Chapelle sur le titre *de procuratoribus* X, 1,38 — in MÉL. FITTING t. II p. 203-234.

TICHELAAR P. A. Handboek voor het romeinsche Recht (Manuale del dir. rom.) 4 ed., Vol. III e I — Groningen Wolters '07 e '08, p. 306 e 330, l'opera completa F. 17.50.

TRAPENARD C. L. L'ager scripturarius. Contribution à l'étude de la propriété collective — Paris Larose et Tenin '08, p. xii-222, fr. 6.

TRAPNELL J. G. Gaius Institutes, Extracts. The Digest, Title XLV. 1 de verb. obl. Translated — London Sonnenschein '09, s. 3. 6.

TUCKER T. G. Life in Ancient Athens. The social and public life of a classical Athenian from day to day — London Macmillan '07, p. xiii-212 in-16 ill, s. 5.

UELLENBERG A. Eine Auslegung des § 198 Satz 2 des BGB. unter Berücks. des gem. R. (Diss., Rostock) — '07, p. 68.

UNIVERSITÉ DE PARIS. Bibliothèque de la Faculté des Lettres. XXV, Mélanges d'hist. ancienne: CARCOPINO J. Histoire de l'ostracisme Athénien, p. 1-80; BLOCH G. M. Aemilius Scaurus. Etude sur l'hist. des partis au VII^e siècle de Rome, p. 83-267; GERNET L. L'ap-

provisionnement d'Athènes en blé au v^e et au vi^e siècle, p. 269-391 — Paris Alcan '09, fr. 12.50.

VENDEUVRE J. *Commercium et portoria* (Thèse) — Dijon, Jobard '08, p. iv-208.

VINOGRADOFF P. *Romanistische Einflüsse im Angelsächsischen Recht: Das Buchland* — in MÉL. FITTING t. II p. 499-522.

VOET J. *Commentary on the Pandects. Book XLVI Tit 1-3 (Suretyship, Novation, Payment)*. Translated into English by G. M. SWIFT and H. C. PAYNE — Grahamstown '07, s. 22.

VOGT A. *Basile empereur de Bysance (867-886) et la civilisation byzantine à la fin du ix^e siècle* — Paris Picard '08, p. xxxii-445, fr. 7.50.

VOIGT E. *Der Kreditauftrag nach gem. u. heut. bürgerl. R.* (Diss., Leipzig) — '08, p. viii-63.

WASMUND W. *Die exceptio rei iudic. im röm. u. heut. R. unter besond. Berücks. und in Anschluss an die L. 7 §§4-5 Dig. 44.2* (Diss.) — Greifswald '08, p. 55.

WEBER M. *voce Agrargeschichte, I Agrarverhältnisse im Altertum*, in *HANDWÖRTERBUCH DER STAATSWISSENSCHAFTEN* hrsg. von J. CONRAD ... 3 Aufl. I Bd. p. 52-188 — Jena Fischer '09.

Id. *vedi* BIBLIOT. DI STORIA ECONOMICA.

WEISSMANN G. *Abgrenzung zwischen Gattungsschuld u. Wahlschuld unter Berücks. der gesch. Entwick.* (Diss.) — Breslau '07, p. 53.

WELTSCH O. *Die Bestrafung des Ehebruchs nach röm. kanon. u. älterem deutschen Recht* (Diss., Heidelberg) — '08, p. 55.

WESENDONK O. G. v. *Die Entscheidung des Gaius in der L. 15 D. de except. rei iudic. 44.2 nach modernem Reichsrecht beurteilt* (Diss., Heidelberg) — '08, p. xiii-61.

WESSELS J. W. *History of the Roman-Dutch Law* — Grahams-town African Book Comp. '08, p. xv-791.

WESTENDORF W. *Die objektive Klagenhäufung des röm. gem. u. heut. Prozessrechts* (Diss., Heidelberg) — '08, p. viii-65.

WETTER P. VAN *Le droit rom. et Beaumanoir* — in MÉL. FITTING t. II p. 533-582.

Id. *Pandectes ... t. 1^{re}: Histoire externe du dr. rom. et partie génér.* — Paris Lib. génér. de dr. '09, p. 528, fr. 12.

WLASSAK M. *vedi* qui Fasc. I-III pag. 154 — Weimar Boehlau '07, p. 222, M. 5.

ZEHN R. Die Anfechtung eines Erbeinsetzungsvertrages nach gem. R. u. dem R. des BGB. (Diss.) — Berlin Ebering '07, p. 96.

ZOCCO-ROSA A. D'une nouvelle Palingénésie des Institutes de Justinien — in MÉL. FITTING t. II p. 523-531.

ID. Institutionum Palingenesia Vol. I — Catania Istituto di Storia del dir. rom. '08, p. xvi-490 (*vedi qui sotto*).

ZWEHL H. v. Der Trödelvertrag nach gem. u. deutschem bürgerl. R. (Diss.) — Bonn Georgi '08, p. 82.

II. — Periodici *).

American Journal of Philology (The) XXIX. '08. 2 (N. 114):
Hirzel R. Themis (W. A. HEIDEL).

ALR. XLII. '08. 6: *Bonner R. J.* Evidence in Athenian Courts (CH. E. GRINNELL).

Analecta Bollandiana XXVII. '08.2: *Mommsen Th.* Droit pénal, *Callewaert C.* Les premiers Chrétiens et l'accusation de lèse majesté, *Rambaud J.* Droit criminel (H. D.)

Annales de l'Université de Grenoble XX. '08. 2: DUQUESNE J. Cicéron pro Flacco chap. 30-32 et l'In integrum restitutio.

Annuario dello Istituto di Storia del Diritto Romano IX. 2 e X. '07-08: ZOCCO-ROSA A. Iustiniani Institutionum Palingenesia (*vedi '05-06, cont.*); FITTING H. Un nuovo manoscritto della traduzione latina del Codi. Trad. it. di S. VINCI; CUTERI R. Ancora delle origini della Regola Catoniana; TRIGONA C. Sul valor probante delle comedie plautine intorno all'esistenza dei titoli al portatore presso i Romani; ZOCCO-ROSA A. Di alcuni nuovi studi sulla Tavola d'Eraclea (la pretesa Lex Iulia municipalis); TORNABENE G. Sul nesso cronologico tra il testamentum calatis comitiis e il t. in procinctu; ZOCCO-ROSA A. La nuova Tavola d'Aljustrel, rivelatrice del regime giuridico delle miniere ai tempi dell'Imp. rom.; MAZZARINO F. A proposito della lex Pinaria; *Conferenze e discussioni; Rendiconti; Comunicazioni e notizie; Concorsi.*

*) I-Periodici di cui havvi *spoglio* nel precedente Fasc. I-III sono qui indicati con sigle, facilmente determinabili nel riscontro. — Gli scritti recensiti compresi in questo o nel precedente elenco di *Libri* sono indicati in modo abbreviato.

Archives d'anthropologie criminelle XIII. '08. 1 (N. 169.): CORRE A. Platon criminaliste.

ACP. CIII. '08. 2-3: KRÜCKMANN P. Beschränkter Rechtserwerb oder qualitative Teilung nach röm. R.; WENDT Wie etwas heisst u. was es ist! Warnung vor falschen Schlussfolgerungen aus Namen u. Bezeichnung.

ALL. XV. '07-08. 4: BRASSLOFF S. Ueb. den Gebrauch von *proinde* u. *perinde* bei den klass. Juristen.

Archiv für öffentliches Recht XXIII. '08. 4: CYBICHOWSKI S. Das alte u. das neue Völkerrecht.

ARWPh. I. '07-08. 4: ZALESKY W. Das Verhältnis der national-ökonom. Theorien zu den philos. Systemen im antiken Griechenland (vedi 3, cont.). — II. '08-09. 1: BRIE S. Der Volksgeist bei Hegel u. in der histor. Rechtsschule I (cont.); BEROLZHEIMER F. Die philosoph. Durchleuchtung des Privatrechts. In Anschluss an das Werk von P. Sokolowski Die Philosophie in Privatrecht; ZALESKY W. id. — 2: BRIE S. id. II (fine); Halban A. v. Das röm. R. I-III (C. KOEHNE).

Archiv für Religionswissenschaft XI. '08. 1: HIRZEL R. Der Selbstmord (cont) — 2-3: DOMASZEWSKI A. v. Die polit. Bedeutung der Religion von Emesa; HIRZEL R. id. (cont.) — 4: Id. id. (fine).

Archiv für Strafrecht und Strafprozess LIV. '07: Leonhard E. Der Schutz der Ehre im alten Rom, Maschke R. Die Persönlichkeit des röm. Injuriensystems, Thiel K. Injuria u. Beleidigung (B. von BONIN) — LV. '08. 1-2: DOERR F. Der Prozess Jesu in rechtsgesch. Beleuchtung. Ein Beitrag zur Kenntnis des jüdisch-röm. Provinzialstrafrechts.

AG LXXIX (Terza serie VIII). '07²: REDENTI E. Pluralità di parti nel processo civile. Dir. rom; CLERICI O. La formazione delle locazioni irregolari in dir. rom; RISPOLI A. La contumacia in proced. civ. nel dir. intermedio. Epoca neo-lat. ed età moderna (cont); Beseler G. Edictum; Landucci L. Due noti passi delle Pand. relative alla servitus actus, D. 8. 5. 4 § 1 e 34. 4. 1. — LXXX (IX). '08¹. 1: MESSINA VITRANO F. La litterarum obligatio nel dir. giustin. — 3: FRANCO E. Vicende storiche della dote rom. nella pratica medievale dell'Italia superiore (cont.).

ASI. Quinta serie XLI. '08¹. 1: CHIAPPELLI L. Dante in rapporto al dir. ed alla letteratura giurid. del suo tempo; Pilzorno B. Il liber

romanae legis della Ratio de lege romana (Q. SE. in *Notizie, Storia Giurid.*). — 2: GAUDENZI A. Sulla duplice redazione del documento italiano nel Medio Evo. App.: Il concilio cartaginese dell'a. 411 e la redazione degli atti pubblici presso i Rom.; *Tamassia N.* L'elemento lat. (G. DALLARI); *Buonamici F.* Burgundio Pisano (G. A. D. in *Notizie, Storia region.*).

Archivio storico per la Sicilia orientale IV. '07: *Maschke R.* Röm. Agrargesetze (R. ZENO). — V. '08. 1; *Meynial E.* Remarques sur la réaction populaire contre l'invasion du droit rom. en France au XII^e et XIII^e siècle (F. CICCAGLIONE) — 2: *Gaudenzi A.* Lo svolgimento parallelo del dir. longob. e del dir. rom. a Ravenna (Id.); *Tamassia N.* L'elemento lat. (R. ZENO). — 3: *Ferrari G.* Tre papiri inediti greco-egizii (G. VERDIRAME).

Archivio storico per le provincie napoletane XXXII. '07: *Légras H.* La table latine d'Héraclée. (G. GABRICI).

Archivio storico per le provincie parmensi N. S. VIII. '08: FRANCO E. La dote romana negli Statuti di Parma.

Atene e Roma XI. '08. N. 112: *Koschaker P.* Translatio iudicii (A. D. V.); *Costa E.* La pretura di Verre (Id.).

Atti dell'Accademia dei Lincei CCCIV. '07 Rendiconto Adunanza Solenne Reale II: Relazione sul concorso al premio Reale per le scienze giur. e polit. del '04.

Atti dell'Accademia di Scienze Lettere e Belle Arti di Palermo Terza Serie VIII. '04-07: *Besta E.* Il contenuto giuridico della Summa Perusina; *Riccobono S.* Il valore etc. (*cfr.* qui pag. 279); *Id.* Commemorazione di Luigi Sampolo.

AIV. LXVII (X). '7-08. 10: *Ferrari G.* Tre papiri inediti greco-egizii dell'età bizantina (I e II Locazione di terreno, III Ricognizione di debito di derrate).

AMP. Nuova serie XXIII a. CCCLXVI. '06-07 (agg.): *Tamassia N.* Vecchio e nuovo negli Statuti dei Comuni italiani. — XXIV a. CCCLXVII. '07-08. 3: *Ferrari G.* Contributo allo studio del dir. rom. volgare.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruchot) LI. '07: *Martinus E.* « Wenn... nicht » und « wenn nicht » (*si non* und *nisi*) in Verträgen; *Festgabe für Dahn...* II Röm. Rechtsgesch. (H. BOETHKE); *Windscheid-Kipp* Pandekten⁹ I-II (ECCIUS); *Levy E.* Sponsio (H.

REICHEL); *Leonhard R. Irrtum*² I (FUCHS); *Litten F. Röm. R.* (PRE-DARI). — LII. '08: *Siber H. Passivlegitimation* (TH. OLSHAUSEN); *Leonhard R. Irrtum*² II (FUCHS) — LIII. '09. 1: *Girard P. F. Gesch. u. System* (PETERS).

BPhW. XXVIII. '08. 25: *Tebtunis Papyri* II (P. VIERECK) — 26: *Inscription von Priene* hrsg. von F. Hiller v. Gaertringen (E. NACHMANSON) — 45: *Gummerus H. Die Fronden der Kolonen* (W. BECHER) — 46: *Koschembahr-Lyskowski J. v. Condictio* II (B. KÜBLER) — 52: *Preisigke F. Griech. Papyrus I.* 2 (P. VIERECK). — XXIX. '09. 7: *Weber H. Attisches Prozessrecht* (TH. THALHEIM). — 12: *Βίος Σ. Ad Digesta* (B. KÜBLER) — 13: *Seuffert L. v. Loskauf von Sklaven* (ID.).

Blätter für das Gymnasial-Schulwesen XLIV. '08. 9-10: *Schneidewin M. Provinzialverwaltung* (G. AMMON).

BFC. XV. '08-09. 1: *Drerup E. Ἡρώδου* (G. SETTI). — 2-3: COSTA G. Per la critica del testo di Capitolino (*XX viri ex senatu consulto rei publicae curandae* del 238 d. C.); *Francotte H. La polis grecque* (U. MAGO) — 6: COSTA G. Valerio Massimo II. 1. 4; *Calderini A. Manomissione* (U. MAGO) — 9: *Weber H. Att. Prozessrecht* (A. SOLARI).

BMB. XII. '08. 6-7: *Boxler A. Précis des institutions publiques de la Grèce et de Rome*² (L. HALKIN) — 8: *Cavaignac E. Etude sur l'histoire financ.* (H. FRANCOTTE).

BCH. XXXI. '07 (compl.): ROUSSEL P. Inscriptions anciennes découvertes à Délos; RIZARD L. et ROUSSEL P. Fouilles de Délos. Inscriptions (*vedi* XXX. '06)..

Bulletin de la Classe des Lettres. . de l'Académie de Belgique '07: Concours... Recueillir dans les papyrus et les ostraka grecs les termes relatifs aux institutions politiques et administr. de l'Egypte rom. Rapports de WALZING, CUMONT, GOBLET D'ALVIELLA.

BLC. XXXVIII a. XL. '09. 2: *Bertolini C. Appuati* (I. GUÉRIN); *Jobbé-Duval E. La nature de la querela inofficiosi testamenti* selon les jurisconsultes byzantins (ID.).

Bullettino della Commissione archeologica comunale di Roma XXXV. '07: CANTARELLI L. Scoperte archeol. in Italia e nelle antiche prov. romane.. Iscrizione di Aïn-el Djemala. — XXXVI. '08. 1-2: ID. Miscellanea epigrafica ... 2 Un nuovo diploma militare, 3 La lex tubinginum della legione III Augusta

BZ. XVII. '08. 3-4: *Siciliano-Villanueva L.* Dir. bizantino (F. BRANDILEONE); *Περαιχίος Α. Α. Οι μοναχικοί θεσμοί* (G. FERRARI); Bibliographische Notizen u. kleinere Mitteilungen. — **XVIII.** '09. 1-2: FERRARI G. Diritto matrimoniale secondo le Novelle di Leone il Filosofo; Bibliogr. Notizen u. kleinere Mitteilungen.

CG. XXXIX (Quarta Serie IX). '08. 6: CALDARELLA C. La servitù di veduta e finestra a prospetto e la comunione coattiva del muro (cont.); *Pitzorno B.* Il Liber romanae legis della Ratio de lege romana, *Id.* Il lib. rom. I. degli Iudicia a probis iudicibus promulgata (L. GENUARDI) — 8, 10, 11: MESSINA G. Continuazione del possesso e congiunzione dei possessi (cont.) — **XL (X)** '09. 3 *Id.* *Id.* (fine).

CC. LIX. '08: Il concetto della schiavitù da Aristotele ai dottori scolastici (*Talamo S. Id.*).

Classical Journal (The) II. '07 ABBOTT F. F. The Constitutional Argument in the Fourth Catilinarian Oration; RADIN M. Cicero *ad famul.* VII. 13. — III. '08. 2: ABBOTT F. F. Municipal Politics in Pompeii — 3-4: KIRK W. H. Livy XXI. 18. 7.

CPh. III. '08. 2: BONNER R. J. The Legal Setting of Plato's Apology; *Barker E.* The political Thought of Plato and Aristotle (P. SHOREY) — 3: O'CONNOR CH. J. The Tabula Valeria and the Tabula Sextia. — IV. '09. 1: *Ziehen L.* Leges Graecorum sacrae II. 1 (C. H. MOORE); *Oliver E. H.* Rom. Econ. Cond. (J. E. GRANRUD).

CQ. II. '08. 4: MATTHAEI L. E. The Place of Arbitration and Mediation in Ancient Systems of International Ethics; STOBART J. C. The Senate under Augustus (*Abele Th.* Der Senat unter Aug.).

CR. XXII. '08. 3: GOLIGHER W. A. The Boeotian Constitution.

CLR. VIII. '08. 7: VINOGRADOFF P. Aristotle on Legal Redress — 8: POUND R. Mechanical Jurisprudence. — IX. '09. 4: *Taylor H.* Jurispr. (K. M. SPENCE).

Comptes Rendus de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres '07: CUQ E. Règlement minier du temps d'Hadrien trouvé à Aljustrel (*Séances*); *Légras H.* Taole d'Héraclée, *Mispoulet J.-B.* L'inscription d'Aïn-el-Djemala, *Id.* La lex metallis dicta, *Id.* Le régime des mines (R. CAGNAT; *Livres offerts*) — '08. 1: BOUCHÉ-LECLERQ A. Papyrus de Ghorân contenant des fragments juridiques (*Séances*) — 2. GLOTZ G. Le conseil fédéral des Bédétiens (*Id.*) — 4: DIEHL CH. Notes sur deux inscriptions byzantines d'Ephèse; CHA-

TELAİN E. Rapport sur les travaux des Écoles françaises d'Athènes et de Rome pendant les années '06-07 — 5-6: ROUZAUD H., HÉRON DE VILLEFOSSE A. Fragments d'une grande inscription trouvée à Narbonne et relative à une donation de la famille Fadia (*Séances*) — 7: PERDRIZET D'une fiction du droit privé attique — 8-9: CUQ E. Notes d'épigr. et papyrol. jurid. (A. HÉRON DE VILLEFOSSE; *Livres offerts*) — 11: GLOTZ G. Les esclaves et la peine du fouet en droit grec; LEFEBVRE G. Un *ἱερὸν ἄσυλον* au Fayoum — 12. ROUZAUD H., HÉRON DE VILLEFOSSE A. Fragments etc. (*Séances*).

Cult XXVII. '08. 13: Merkel J. Enterbung (F. E. VASSALLI).

Czasopismo prawnicze i ekonomiczne IX. '08. 1-2: R. TAUBENSCHLAG Sady (II tribunale) Laokrytów; Polemica, S. WASZYŃSKI, R. TAUBENSCHLAG id. — 3-4: TAUBENSCHLAG R. Doniosłosc prawna klauzuli *καθάπερ ἐκ δίκης* w kontraktach greckich epoki ptolemejskiej (L'entità giuridica della clausola ... nei contratti greci dell'età tolemaica); Id. Sady Laokrytów, Id. Die ptolemäischen Schiedsrichter u. ihre Bedeutung für die Rezeption des griech. Rechts in Aegypten, Id. Zur Gesch. des Hinterlegungsvertrages im röm. R., Id. Organizacya sadowa Egiptu (vedi pagg. 138, 152) (S. WRÓBLEWSKI): *Mélanges Fitting* I, II (F. ZOLL sen.).

DJ. XIII. '08. 14: *Heilfron* E. R. Rechtsg⁶ (LENEL) — 16-17: *Mitteis* L. R. Privatr. I (Id.) — 18: *Siber* H. Passivlegitimation (MANIGK) — 19: *Kulow* A. Repetitorium (KLEINEDAM) — 22: *Aus röm. u. bürg. R.* (HEINSHEIMER) — 24: *SAMTER* R. War Gaius das männliche Pseudonym einer Frau? — XIV. '09. 1: *Sohm* R. Instit.¹³ (KÜBLER); *Bechmann* A. Kauf III 2. (v. BUCHKA) — 2: *Girard* P. F. Gesch. u. System (KÜBLER) — 4: *Sokolowski* P. Philosophie II (STROHAL) — 5: *Festgabe Regebsberger, Hitzig* H. F. Staatsverträge (KÖHLER).

DL. XXIX. '08. 30: *Beseler* G. Edictum (M. CONRAT [COHN]) — 31 e 32: *Wenger* L. Ludwig Mitteis R. Privatr. I. — 33 *Wenger* L. Stellvertretung (O. SCHULTHESS); IV^{er} internat. Kongress der histor. Wissens.: *Scialoja* V. Ursprung des consensualen Kaufs im röm. R., *Riccobono* S. Einfluss des Christentums auf die justinian. Gesetzgebung — 41: *Siber* H. Passivlegitimation (J. v. KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI) — 45: *Litten* F. Röm. R. (B. FRESE) — 46: *Gummerus* H. Die Fronen der Kolonen (C. H. BAALÉ); *Hirzel* R. Themis (E. RABEL) — 51-52: *Pfänder* H. H. Nexum u. mancipium (M. CONRAT [COHN])

— XXX. '09. 11: *Hitzig H. F.* Staatsverträge (L. WENGER) — 15: *Merkel J.* Enterbungsgründe (A. VON TUHR).

Deutsche Rundschau CXXXVII a. XXXV. '08-09 11: *VIERECK P.* Die Papyrusurkunden von Hermupolis. Ein Stadtbild aus röm. Zeit
'Εφημερίς ἀρχαιολογική '07: *HILLER VON GAERTRINGEN, ZIEBARTH E.*
Νόμος Αιγιάλης. — '08. 1-2: *Χατζής Α. Χ.* Ἱεροὶ νόμοι ἐξ Ἀχαΐας.

EHR. XXII. '07 (agg.): *Leage R. W.* Roman Private Law (H. Bd.);
Glötz G. Etudes (T. NIKLIN). — XXIII. '08. 1 (N. 89): *Oliver E. H.*
Rom. Econ. Cond. (W. A. GOLIGHER); *Ziehen L.* Leges Graecae sacrae
II. 1 (D. G. H.) — 2 (N. 90): *Barker E.* The Political Thought of
Plato and Aristotle (L. WHIBLEY) — 3 (N. 91): *Macchioro V. L.* Imp.
rom. nell'Età dei Severi (H. S. J.).

Fil. XXXIII. '08. 10-11: *BONFANTE P.* Le obiezioni del Perozzi
alla teoria dell'origine dell'eredità dalla successione sovrana; *CIAN-*
COLA R. Della garanzia d'evizione per il costituente una dote in d. r.
— 12: *Bozzo A.* La responsabilità dei proprietari di nave. — XXXIV.
'09. 1: *Bertolini C.* Appunti 9 (R. FUBINI).

Finanz-Archiv XXV. '08¹: *Riezler K.* Ueb. Finanzen (v. BALIGAND).

Foro (El) IV. '08-09. 4 e 5: *ZAMBRANA A.* Nociones sintéticas del
Derecho Romano.

Gai. I. '07-08. 6: *PINELES S.* Die Lösung des zivilrechtl. Problems
der *laesio enormis* mit Hilfe der Rechtsvergleichung u. der Natio-
nalökonomie (cont.).

Gesetz und Recht X. '08. 1-5: *JOSEF* Die Zukunft des r. R. an
den deutschen Universitäten.

Giurisprudenza Italiana Quinta Serie LXI. '07: *CARELLI D.* La
procedura formulare e l'estinzione della lite.

Glotta I. '07-09. 4: *Hirzel R.* Themis, Συνοφάντης (*vedi* qui
Fasc. I-III p. 138, 149) (Literaturbericht f. das J. '07, Griechisch,
P. KRETSCHMER).

GGA. CLXX '08. 6: *Leonhard R.* Irrtum I, II (R. HENKE) — 12:
Περαικότος Α. Α. Οι μοναρχικοί θεσμοί; Leges Graecorum sacrae I e II. 1
(W. CRÖNERT).

HLR. XXII. '08-09. 4: *TAYLOR H.* The Science of Jurisprudence —
5: *Wessels J. W.* History (C. H. H.).

Hermathena N. 33. '07: *GOLIGHER W. A.* Studies in Attic Law II
(Ἀντίδοσις, Διαδικασία) (*vedi* '06 per I).

Historisches Jahrbuch XXIX. '08. 1: *Abele Th.* Senat (C. W.); *Waszynski S.* Die Bodenpacht (A. K.).

HV. XI. '08. 2: *Bolkestein H.* De colonatu rom. (E. KORNEMANN); *Fustel de Coulanges* Der antike Staat (H. SWOBODA).

HZ. CI (Dritte Folge V). '08. 2: *Smilh F.* Die röm. Timokratie (BELOCH); *Oliver E. H.* Rom. Econ. Cond. (ID.).

Historisch-politische Blätter 141. 08¹. 9: LINSENMAYER A. Die Behandlung der Frauen im röm. Christenprozess.

Illinois Law Review III '08. 1: POUND R. Legacies on Impossible or Illegal Conditions Precedent.

Indice di Giurisprudenza '07: LOMBARDO E. Della controversia *de possessione e de proprietate* negli scritti dei gromatici veteres (vedi '06, fine); ID. Delle controversie *de locis sacris et religiosis* id.

Internationale Wochenschrift für Wissenschaft Kunst und Technik '08. Juli: LEONHARD R. Der Austauschgedanke auf juristischem Gebiete.

Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik LXXXVIII (Dritte Folge XXXIII) 07¹: *Speck E.* Handelsgesch. des Altertums III (TH. SOMMERLAD). — I.XXXIX (XXXIV). 07²: NEURATH O. Zur Anschauung der Antike üb. Handel, Gewerbe u Landwirtschaft (Cicero *de officiis* I c 42) (vedi 06², fine). — XCI (XXXVI). 08². 4: ID. Die Entwicklung der antiken Wirtschaftsgeschichte.

JG. XXIX. '06 (pubbl. nel '08): Altertum... Griechen (TH. LENSCHAU), Römer (W. LIEBENAM).

JFA. CXXXIX a. XXXVI. '08²: STERNKOPF W. Jahresbericht über Ciceros Briefe 1901-07 (... *Schneidewin M.* Provinzialverwaltung, *Sternkopf W.* Noch einmal die correctio der lex Clodia de exilio Ciceronis, *Id* Die Senatsitzung vom 14 Januar 56) — CXL a. XXXVI. 08³: ZIEHEN L. Bericht üb. griech. Staatsaltertümer 1899-1906 (cont.).

JJ. Zweite Folge XVIII. 08² (LIV). 1-4: DANZ E. Rechtssprechung nach der Volksanschauung u. nach dem Gesetz. Ein Beitrag zur Lehre von dem Gewohnheitsrecht u. zur Gesetzesauslegung; WALSMANN Ein Beitrag zur Lehre von der Wollensbedingung — 5-6: FISCHER O. Ziel u. Methode des rechtsgeschichtl. Unterrichts.

Journal des 'Economistes Sixième Série XVII a. LXVI. '08¹. 1: *Oliver E. H.* Roman Econ. Cond. (H. BOUËT).

JS. Nouvelle Série VI. '08. 4: FOUCART P. Les certificats de sa-

criffes pendant la persécution de Décius — 11: *Oliver E. H.* Rom. Econ. Cond. (M. BESNIER).

Journal of Hellenic Studies (The) XXVIII. '08. 1: GRUNDY G. B. The Population and Policy of Sparta in the Fifth Century — 2: *Calderini A.* Manomissione.

Juridical Review XVIII. '06-07: *Leage R. W.* Roman Private Law (J. MACKINTOSH); *Maine H. S.* Ancient Law, New Ed. — XIX. '07-08. 1: *Clark E. C.* History of Roman Private Law I (J. MACKINTOSH); *Mackintosh J.* Sale²; *Sohm R.* Institutes³ (J. M.). — XX. '08-09. 4: GOUDY H. Plagiarism. A Fine Art (*Taylor H.* Jurispr.); *Wessels J. W.* History (J. MACKINTOSH); *Buckland W. W.* Slavery (Id.).

JL. XX. '08. 8: *Beseler G.* Edictum (KLINGMÜLLER); *Cybi-chowski S.* Das antike Völkerrecht (A. ZORN) — 9: *Knecht A.* System des justinian. Kirchenvermögensrechts (J. NIEDNER, in rec. di *Kirchenrechtl. Abhandl.*); *Girard P. F.* Gesch. u. System, *Vocabularium jurispr. rom.* I, 3-4, II. 1 (F. ENDEMANN) — 10: *Pflüger H. H.* Nexum u. manc. (P. OERTMANN).

Juristische Vierteljahresschrift XXXIX (N. F. XXIII). '07: DNIESTRZANSKI S. Zur Theorie der Schuldübernahme. — XL (XXIV) '08: *Mitteis L.* Röm. Privatrecht I (E. WEISS).

KL. VIII. '8. 2: CARCOPINO J. Encore l'inscription d'Aïn-el-Djemala — 3-4: MACCHIORO V. Ricerche demografiche intorno ai colombari; KORNEMANN F. Ein Erlass Hadrians zu Gunsten ägyptischer Kolonen vom Jahre 117; VIERECK P. Aktenstücke zum griechisch-römischen Vereinswesen; MEYER P. M. Aus der Gesch. eines Kultvereins des Apollo im griechisch-röm. Aegypten; DESSAU H. Afrikanische Munizipal u. Afrikanische Militärischrift; HIRSCHFELD O. Die Organisation der drei Gallien durch Augustus; KIRCHNER J. Attisches Psephisma aus der Mitte des 3 Jahrh. v. Chr.; FRUIN R. Die praefecti augustales der J. 384-392 — 8^{es} Beiheft, '08: PREMERSTEIN A. v. Das Attentat der Konsulare auf Hadrian im J. 118 n. Chr. — IX. '09. 2: FILOW W. Sodalicia vernaculorum.

LQR. XXIV. '08. 2 (N. 94): B.SSCHOP W. R. Modern Roman-Dutch Law (cfr. pag. 266) — 4 (N. 96): *Launspach Ch. W. L.* State and Family (S. H. L.). — XXV. '09. 1 (N. 97): *Buckland W. W.* Slavery (Id.).

Legge (La) LXVIII. '08. 21: *Girard P. F.* Manuale di dir. r. — 23: *Digesta.*

Listy Filologické '07: *Glötz G.* Etudes soc. et jurid. sur l'antiq. grecque, *Bonner R. J.* Evidence in Athenian Courts, *Riezler K.* Finanzen (v. *JIRÁNI*).

LZ. XIX. '08. 24: *Siber H.* Passivlegitimation — 31: *Halban H. v.* Das r. R. III (O...) — 34: *Hirzel R.* Themis (V. *THUMSER*) — 40: *Mispoulet J. B.* Le régime des mines — 44: *Bechmann A.* Kauf III. 2 — 45: *Girard P. F.* Gesch. u. Syst. II. — LX. '09. 2: *Otto W.* Priester II — 7: *Merkel J.* Enterbungsgründe — 11: *Pollack E.* Majestätsgedanke. — 17: *Schneidewin M.* Provinzialverwaltung (L. *BLOCH*).

MAH. XXVIII '08. 3: *LAURENT-WIBERT R.* Les publicains d'Asie en 51 avant J.-C. d'après la correspondance de Cicéron en Cilicie — 4-5: *PIGANIOL A.* Notes sur une inscription inédite de Tébéssa (*Javolenus Priscus*).

MAB. II '07-08. 1: *BRINI G.* La bilateralità delle *pollicitationes* ad una *res publica* e dei *vota* nel d. r.; *COSTA E.* Cicerone giureconsulto, III La familia e la persona (*vedi* '06-07).

Miscellanea di storia e cultura ecclesiastica V. '06-07: *Castagneri E.* Sulla persistenza dei collegia romani nelle corporazioni di arti e mestieri medioevali.

Mitteilungen aus der historischen Literatur XXXV. '07: *Maschke R.* Zur Theorie u. Gesch. d. röm. Agrargesetze (*DIETRICH*).

Mitteilungen des deutschen archaeologischen Instituts Athen. Abteil. XXII. 07: *NACHMANSON E.* Freilassungsurkunden aus Lokris — Röm. Abteil. (Bollettino dell'Istituto Archeologico Germanico. Sezione Rom.) XXXII '07: *DOMASZEWSKI A. v.* Epigraph. Beiträge zur Kaisergeschichte ... 2 Die Kalatores pontificum et flaminum. 3 Inschrift der Tibicines; *HUELSEN C.* Ein Neues Militärdiplom.

Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung XXIX. '08. 1: *Below G. v.* Die Ursachen der Rezeption des r. R. in Deutschland (H. v. *VOLTELINI*).

Mne. Nova Series XXXVI. '08. 3: *VALETON I. M. J.* Quaestiones graecae. De inscriptione Lygdamensi (cont.). — XXXVII. '09. 1. Id. id. (fine).

Monitore dei Tribunali XLIX (Serie seconda XI) '08. 46: *Digesta...*, *Bonfante P.* Corso di d. r., '07-08 Della famiglia (G. *ROTONDI*).

Mouvement sociologique international '07: *HALKIN L.* Paul Guiraud.

Museum XIV. '07: *Bolkestein* H. De colonatu rom. (A. G. ROOS); *Hille* G. E. W. v. Stemrecht.

NJKA. XXI a XI. '08 5: SCHUCHHARDT C. Hof, Burg u. Stadt bei Germanen u. Griechen; SOLTAU W. Humanität u. Christentum in ihren Beziehungen zur Sklaverei — 8: *Hirzel* R. Themis (W. KROLL).

NPhR. '07 (agg.): *Sundwall* J. Epigraph. Beiträge zur sozial-pol. Gesch. Athens (O. WACKERMANN); *Riezler* K. Ueb. Finanzen (Id.). — '08: 9 (agg.): *Gummerus* H. Der röm. Gutsbetrieb (Id.) — 11: *Cybi-chowski* S. Das antike Völkerrecht (H. SWOBODA) — 13: *Francotte* H. La Polis grecque, *Weber* H. Attisches Prozessrecht (Id.) — 18: *Hirzel* R. Themis (Id.) — 26: *Gummerus* H. Die Fronden der Kolonen (O. WACKERMANN).

Nordisk Tidsskrift for Filologi III R. XVI. '08. 4: *Ziehen* L. Leges Graecorum sacrae II. 1 (A. THOMSEN).

NRH. XXXII. '08. 3: CUQ E. Notes d'épigraphie et de papyrologie juridiques (La publicité des créances chirographaires et l'action Paulienne d'après un papyrus du Musée Britannique. Contribution à l'histoire des Nouvelles d'après une inscription d'Éphèse. Deux inscriptions inédites d'Aljustrel); DEBRAY L. Contribution à l'étude du serment nécessaire (*vedi* 2, cont.); MICHON L. L'hist. de la *condictio incerti* d'après J. v. Koschembahr-Lyskowski — 4: DEBRAY L. id. (fine) — 5: DECLAREUIL J. Quelques problèmes d'hist. des institutions municipales au temps de l'Empire rom. (*vedi* '02, '04, '07, '08. 1, cont.); BURAGGI G. C. Jacques Cujas professeur à l'Université de Turin; LEGRAS H. Le privilegium en droit public à la fin de la République rom. (cont.); APPLETON CH. La reproduction phototypique des Pandectes florentines; *Below* G. v. Die Ursachen der Rezeption des r. R. in Deutschland (G. BLONDEL) — 6: DARESTE R. Notes sur l'hypothèque en droit grec; LEGRAS H. id. (fine); CUQ E. Notes d'épigr. et papyr. jurid. (Le marbre d'Aljustrel); DECLAREUIL J. id. (cont.); CAILLEMER R. Le Congrès hist. de Berlin...: *Scialoja* V. Storia della vendita consensuale, *Riccobono* S. Influenza del Cristianesimo sulla codificazione giustiniana.

OeZ. XXVI. '08. 10: *Mittels* L. Römisches Privatrecht I.

Oefversigt af Finska Vetenskaps-Societetens Förhandlingar L. '06-07: GUMMERUS H. Die Fronden der Kolonen.

Political Science Quarterly XXII. '07: BOTSFORD G. W. Some

Problems connected with the Roman Gens; *Barker E.* The Political Thought of Plato and Aristotle (W. A. D.); *Bernard F.* The First Year of Roman Law; *Clark E. C.* History of R. Priv. Law; *Girard P. F.* A Short History of R. L.; *Riezler H.* Finanzen. — XXIII. '08. 1: *Guiraud P.* Etudes écon. sur l'antiquité — 3: *Botsford G. W.* The Lex Curiata; *Hilzig H. F.* Staatsverträge; *Zocco-Rosa A.* La nuova tavola d'Aljustrel.

Pol. CXIII (P. L. Deux. Série LXVIII). '08². 11: *Mommsen Th.* Droit pénal II et III. *Bayle M.* Symbolisme (M. LAMBERT in *Jurisprudence*, voce generale).

Preussische Jahrbücher CXXX. '07⁴: *Schneidewin M.* Wahl-agitation im alten Rom.

Przegląd prawa i administracyi XXXII. '07: *Waszynski S.* Sady (Tribunale) Laokrytów; *Heumann-Seckel* Handlexikon (A. BERGER); *Pineles S.* Gaius, Ztschr. f. RG. (Id.); *Zoll F.* Pandekta² I (Id.). — XXXIII. '08. 2: *Koschembahr-Lyskowski* Condictio II (Id.) — 5: *Koschembahr-Lyskowski* Dwa nowe opracowanie rzymskiego prawa prywatnego (Due nuovi trattati di dir. priv. rom.; *Mitteis e Girard*) (cont.); *Pineles S.* Gaius, Ztschr. f. RG. (F. T) — 6: *Lyskowski I.* Dwa etc. (cont.); *Taubenschlag R.* Zur Gesch. des Hinterlegungsvertrags im r. R. (LYSKOWSKI) — 8-9: *Waszynski S.* Nekrol. — 12: *Digesta Iustiniani* edd. Bonfante etc. (Ad. B.); *Seckel-Kübler* Jurispr. antejust. (A. BERGER). — XXXIV. '09. 1: *Lyskowski I.* Dwa etc. (cont.) — 3: *Fitting H.* Alter etc. (A. BERGER).

Rechtsgeleerd Magazijn XXVI. '07: *Cornil G.* Traité de la possession en d. r. (J. C. NABER).

Rendiconti dell'Accademia dei Lincei, Classe di scienze morali, storiche e filologiche. Serie quinta XVII. '08. 1-3: *Bortolucci G.* Varianti del Codice Vallicelliano F47 alle Novelle 137. 3. 77. 132. 133 di Giustiniano; *Cardinali G.* Note di terminologia epigrafica (*ἀναμύσεις, ὁ ἱερός, οἱ κατοικοῦντες, παροικοῦντες, μέτοχοι, ἰσάροχοι*); *Cesano L.* Il denarius e la usura nel tempo costantiniano — 7-9: *Zottoli G.* Publio Paquius Proculus panettiere e supremo magistrato romano.

RIL. Seconda Serie XL. '07 (agg.): *De Francisci P.* Sull'acquisto del possesso per mezzo dello schiavo.

Rendiconto delle sessioni dell'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, Classe di scienze morali. Serie prima. I. '06-07

e '07-08. 2: BRINI G. Di una trascurata legittima alimentare nel d. r.;
Id. Delle regulae iuris sui commorientes nel d. r.

Revista Academica de Faculdade de Direito do Recife XV. '07:
CAMPELLO N. Uma leçao de Direito Romano. Do dominium ex jure
Quiritium. Modos de acquisiçao da propriedade.

Revista de Estudiantes de Derecho I. '03. 6. DEL CUETO I. A.
Litterarum obligatio.

RA. Quatrième Série XII. '8² 1: *Abele Th.* Senat (A. J. R.) —
2 e 3: REINACH A. J. Les mercenaires et les colonies militaires de
Pergame (cont.).

Revue Bourguignonne XXIX. '09. 1: DESSERTAUX F. Études sur
la formation historique de la capitis deminutio. I Ancienneté res-
pective des cas et des sources de la capitis deminutio.

Revue critique de législation et jurisprudence LVII (Nouv.
Série XXXVII). '08. 11: JODIN Origine et évolution des idées en ma-
tière de pénalité.

RCHL. Nouv. Série LXV a XLII. '08¹. 14 (agg): *Wenger L.* Stell-
vertretung (My.). — LXVI a. XLII. '08². 32: *Costa E.* La pretura di
Verre (E. T.) — 46: *Otto W.* Priester II (G. MASPERO); *Seckel E. et*
Kübler B. Iurispr. anteiustin. I (E. THOMAS) — *Abele Th.* Sénat
(A. MERLIN). — LXVII a. XLIII '09¹. 8: *Weber H.* Att. Prozessrecht
(My.); *Arnold W. T. R.* Syst. of Prov. Admin. (J. TOUTAIN).

RDI. XL (Deux. Série X). '08. 4: CORNIL G. Philosophie et droit
privé. La possession en dr. r. et en dr. allemand. Résumé d'un livre
de *P. Sokolowski* (Die Philos. II); *Levy E.* Sponsio, *Bindér J.* Entwick.
des Obligationsbegriffs im r. R., *Viard P.* Le praes., *Bertolini C.* Ap-
punti 6-8, *Litten F.* Röm. R. (G. C.) — 5: CORNIL G. id. II^e article;
Busy H. Litiskontestatio, *Trumpler* Gesch. der röm. Gesellschafts-
formen, *Bechmann A.* Kauf III. 2 (G. C.) — 6: CORNIL G. id. III^e et
dernier art. — XLI (XI). '09. 1: *Bonner R. J.* Evidence in Athenian
Courts (D. C.); *Mitteis L.* Röm. Privatr. I, *Pflüger H. H.* Nexum,
Fitting H. Röm. Juristen, *Frenzell G.* Eigentum, *Trapenard C.* Ager
scripturarius, *Duquesne J.* Cic. pro Flacco c. 30-32, *Crémieu L.* La
justice privée (G. C.).

Revue de l'histoire des religions XXIX. '08. 1: *Ziehen L.* Leges
Graecorum sacrae II. 1 (A. J. REINACH).

RUB. XIV. '08-09. 1: Variétés. Les travaux de la Section d'Hist.

du droit au Congrès intern. des Sciences histor. de Berlin... Droit romain: *Scialoja* V. Tradition et ses transformations au point de vue de l'acquisition de la propriété en dr. r., *Riccobono* S. Influence exercée par les idées chrétiennes sur la législation Justinienne.

RPh Nouv. Série XXXII. '08. 1 (agg.): *Cavaignac* E. Sur la variation du cens des classes soloniennes (*Gilliard Ch.* Solon). — 3: *Amatucci* A. G. L'eloquenza giudiz. prima di Catone (A. MERLIN).

REA. IX (= Annales de la Faculté de Lettres de Bordeaux et des Universités du Midi. Quatrième Série XXIX) '07 (agg.): *Bonner R. J.* Evidence in Athenian Courts (G. MAY) — X (XXX). '08. 3: *Gilliard* A. Solon (G. RADET) — 4: *Cavaignac* E. Trésor d'Athènes (Id.).

REG. XXI. '08. 1 (N. 91): *Papyrus grecs*... *P. Jouguet* I. 1 (G. GLOTZ) — 2 (N. 92): Greek Papyri in the British Museum III (T. R.); *Gilliard Ch.* Solon (E. C.); *Martin* A. Ostracisme (G. GLOTZ) — 3 (N. 93-94): *Bonner R. J.* The Jurisdiction of the Athenian Arbitrators (L. GERNET); *Hitzig* H. F. Altgriech. Staatsverträge (G. G.); *Toulain* J. Les cultes païens I. 1 (G. GLOTZ).

RSH. XVII. '08². 3: *Burle F.* Droit naturel (V. CHAPOT).

Revue d'histoires des doctrines économiques et sociales I. 08-09. 3: *LESCURE* J. La conception de la propriété chez Aristote — 4: *Trapenard* C. L'ager scriptur. (Id.); *Talamo* S. Schiavitù (G. L. DUPRAT).

Revue Générale XLIV. '08². 4: *HOHLWEIN* N. Les papyrus grecs et l'Egypte province romaine.

RGD. XXXI. '07 (agg.): *ACHER* J. Le droit civil et l'hist. du dr. (vedi '06, fine) — XXXII. '08. 3: *DEBRAY* L. Le § Cato (D. XXXV, 1, 4 § 1). La stipulatio poenae et les obligat. indivisibles (cont.) — 4: Id. id. (fine); *ACHER* J. Lettres à MM. les Directeurs de la *RGD*. (Replica a V. Arangio Ruiz); *Appleton Ch.* La loi ex parte (E. PETIT); *Mispoulet* Mines (J. LEFORT); *Andrich* G. Introd. (J. ACHER); *Levi* A. Delitto e pena nel pensiero dei Greci (J. VALERY) — 5: *Bertolini* C. Appunti 3-4 (Id.).

RH. XCVIII a. XXXIII. '08²: *Viard* P. Le praes. (CH. LÉCRIVAIN); Bull. histor. Antiquités latines. Publications étrangères '02-07 (Id.). — XCIX a. XXXIII '08³: Bull. hist. France. Publ. rel. à l'antlq. gr. de '02 à '07 (G. FOUGÈRES) Hist. byzant. '06-08 (L. BRÉHIER).

RIE. LVI a. XXVIII. '08². 10: *SABIELLES* R. L'enseignement du droit.

Revue internationale de sociologie XVI. '08. 10: *Burle E.* Droit naturel (R. MAUNIER).

Revue Universitaire XVI. '07: *Fredershausen O.* De iure Plautino et Terentiano (H. DE LA VILLE DE MIRMONT); *Glötz G.* Etudes soc. et jurid. sur l'ant. grecque (C. JULLIAN).

RMPH. N. F. LXIII. '08. 2: *BÜCHELER F.* Zum Stadtrecht von Bantia — 3: *BANNIER W.* Die Beziehungen der älteren attischen Uebergabe- und Rechnungsurkunden zu einander — 4: *MEISTER R. M. E.* Eideshelfer im griech. R.

Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht I. '08-09. 2: *RABEL E.* Die eigene Handlung des Schuldners u. des Verkäufers (Fait du débiteur; fait personnel du vendeur).

RS. XIX a. XV. '08. 6: *Clerici O.* La formazione delle locazioni irregolari in d. r.

Rivista Abruzzese di Scienze, Lettere ed Arti XXII. '07: *RIGNI L.* I Marziali nel d. r.

RCDG. VII. '09. 1-2: *FAGGELLA G.* Fondamento giurid. della responsabilità in tema di trattative contrattuali.

Rivista di diritto civile. I. '09. 2: *Luzzatto R.* La comproprietà (P. BONFANTE).

Rivista di diritto internazionale II. '07: *SCIALOJA V.* Del mutamento di cittadinanza per effetto di matrimonio e della legge regolatrice della capacità personale, secondo il *diritto comune* vigente nella Repubblica di San Marino; *Hitzig H. F.* Altgriech. Staatsverträge; *Id.* Der griech. Fremdenprozess im Licht der neueren Inschriften.

RFJC. XXXVI. '08. 1 (agg.): *Bonner R. J.* Evidence in Athenian Courts (V. COSTANZI) — 4: *CESAREO P.* Τυραννός = Usurpatore-Re; *Schodorf K.* Beiträge zur genaueren Kenntnis der attischen Gerichtssprache aus den zehn Rednern (V. COSTANZI).

Rivista di scienza V a III. '09 (N. 9): *RICCOBONO S.* L'influenza del cristianesimo nella codificazione di Giustiniano; *colla trad. franc.* L'influence du Christian. dans la codificat. de Justinien.

RSA. Nuova Serie XI. '07 (agg.): *OBERZINER G.* Diarchia regia e consolare a Roma. — XII. '08. 1-2: *BARBAGALLO C.* I prezzi del bestiame da macello, dei volatili e delle carni a minuto nell'antichità class. (cont.); *STRAZZULLA V.* Il processo di Libone Druso (cont.); *Glötz G.* Têtes mises à prix dans les cités grecques (F. CORDENONS);

Mommsen Th. Droit pénal III (G. TROPEA) — 3: STRAZZULLA V. id. (fine); BARBAGALLO C. id. (fine); *Sundwall J.* Epigraph. Beiträge zur sozial-polit. Gesch. Athens, *Calderini A.* Manomissione, *Ferrari G.* Ildir. penale nelle Novelle di Leone il filosofo, *Id.* Tre papiri inediti greco-egizii dell'età bizantina (G. CORRADI); *Pais E.* L'epigraffa e la papirologia giurid. (A. SACCHI in *Spoglio di pericdici*).

RI XI. '08. 6: GUARIGLIA R. Per una storia della mano d'opera straniera.

Rivista internazionale di scienze sociali XLVIII a. XVI. '08³: *Calderini A.* Manomissione (S. TALAMO).

RIS. XII. '08. 6: DE SANCTIS G. Questioni di storia e critica (Risposta a *Bonfante P.* Tendenze ecc., vedi qui Fasc. I-III p. 152); BONFANTE P. Questioni di critica storica (Replia); *Lescure J.* Il sistema politico di Aristotele (La conception de la propriété chez Aristote).

RISG. XLV. '08². 1: ROTONDI G. Contributo alla storia del contratto di deposito nel d. r.

RSI. XXV (Terza Serie VII) '08. 2: *Knecht A.* System des justinian. Kirchenvermögensrechts (F. RUFFINI, in rec. di *Kirchenrechtl. Abhandl.*).

Rivista storico-critica delle scienze teologiche IV. '08. 6: *Talamo S.* Schiavitù (L. C) — 11: TURCHI N. Recenti studi giurid. su la Grecia antica (A proposito di *Glötz G.* Études, *Francotte H.* La Polis grecque, *Weber H.* Att. Prozessrecht, *Calderini A.* Manumissione) — V. '09. 2. La riscossione delle imposte nel mondo romano (*Laurent-Vibert R.* vedi pag. 293).

Rolandino (II) '07: VITELLI G. Antichi documenti giuridici.

Romanische Forschungen XXIII. '07: Mélanges Chabaneau: MEYNIAL E. Remarques sur la réaction populaire contre l'invasion du dr. r en France au XII^e et XIII^e siècle.

RAK. II Ser XXVI. '08: WASZINSKI S. Laokryei i tò κοινὸν(ν) δι(καστηρίον) (vedi qui Fasc. I-III pag. 138).

SPS. VIII. '08: *Vancura I.* Agrarní etc. (L. HEYROVSKY). — IX. '09: Io O právní platnosti Konstituci cisaru římských (Della giuridica validità delle costituzioni degli imperatori romani).

STAP. CLXIX (Nouv. Série LXIX) a. LXVIII. '05¹. 4: *Mispoulet J. B.* Le régime des mines (R. DARESTE).

Studien zur Palaeografie und Papyruskunde VIII. '08: WESSELY C. Griechische Papyrusurkunden kleineren Formats.

SSe. XXV. '08. 1-2: VASSALLI F. E. Concetto e natura del fisco — 3-4: ID. Sul rapporto tra le res publicae e le res fiscales in d. r.

SSAC. I. '08. 2: DE RUGGIERO R. Nuovi documenti per la storia del matrimonio e del divorzio nell'Egitto greco-rom. (cont.); CANTARELLI L. Ὑγεῶν ἀποτέρεων (Ox. Pap. I, 39, 6) — 3: DE RUGGIERO R. id. (fine); Bernhöft F. Verbuchung der dingl. R. (in *Notizie*) — 4: Szanto E. Ausgewählte Abhandl. (P. CIAPESSONI).

Th. LXVIII. '07 (agg.): *Bullettino dell'Istit. di d. r.* XVIII. 1-2 (J. H.). — LXIX. '08. 2: NAP J. M. De private eigenrichting in het oudste Romeinsche rechtsleven (La giustizia privata nel primitivo dir. rom.) (vedi '07, cont.); Schlossmann S. Praescriptiones, Scholten P. De waard etc. (J. HAMBURGER) — LXX. '09. 1: NAP J. M. id. (vedi '07 e '08, cont.); Mayr R. v. Die condictio des röm. Privatrechts (J. VAN BINSBERGEN).

ThLZ. XXXIII. '08. 8: Pieper A. Christentum, Weinelt H. Urchristentum (HOLTZMANN).

Tidsskrift for Retsvidenskab XX. '07: DAHL F. G. K. A. Bechmann, H. Buhl, H. Dernburg, B. W. Leist, G. Rümelin. *Nekrol.* — XXI. '08: ID. E D Glasson. *Id.* — XXII. '09. 1-2: Mitteis L. R. Privatr. I, Fitting H. R. Juristen, *Mélanges Fitting*, Lo Codi (ID).

Transactions and Proceedings of the American Philological Association XXXVIII. '07: PEASE A. S. Notes on Stoning among the Greeks and Romans; ABBOTT F. F. The Theatre as a Factor in Roman Politics under the Republic.

Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes I. '06-07: THÉLOHAN J. *Des novi.*

Vierteljahrsschrift für Social- und Wirtschaftsgeschichte VI. '08. 2: Fleischmann W. Altgerman. u. altröm. Agrarverhältnisse (G. v. BELOW); Maschke R. Zur Theorie und Gesch. der röm. Agrargesetze (G. SIGWART) — 3-4: Wenger L. Stellvertretung (F. SCHULZ).

WS. XXX. '08-09. 1: LEDL A. Das attische Bürgerrecht u. die Frauen (vedi '07-08, fine); BRASSLOFF S. Studien zum röm. Staatsrecht (vedi '00-01 e '03), III Kollegialität bei der Stadtpräfektur.

WKPh. XXV. '08. 1 (agg.): Botsford G. W. The Social Composition of the Primitive Roman Populus (B. KÜBLER) — 20: *Id* Some

Problems Connected with the Roman Gens (ID.) — 35: *Fredershausen O.* De iure Plautino et Terentiano (ID.) — 39: *Breccia E.* Il dir. dinastico nelle monarchie dei successori d'Alessandro M. (F. CAUER) — 45: *The Tebtunis Papyri* II (A. STEIN); *Milleis L.* Röm. Privatr. I (E. GRUPE) I — 46: *Id. id.* (ID.) II; *Memorie dell'Accad. di Bologna.* Scienze giurid. I. 1-2 (ID.) — XXVI. '09. 1: *Hitzig H. F.* Altgr. Staatsverträge (F. CAUER) — 2: *Abele Th.* Senat (W. SOLTAU) — 7: *Rensch G.* De manumissionum titulis apud Thessalos (W. LARFELD); *Dubois Ch.* Carrières (C. WESSELY).

Wörter u. Sachen. I. 1. '09: WENGER L. Sprachforschung u. Rechtswissenschaft.

ZSS. Roman. Abt. XXIX. '08: BRASSLOFF S. Die Reform des Collegiums der decemviri stlitibus iudicandis unter Claudius u. das zweite Valerisch-Horazische Gesetz; FITTING H. Rechtsgesch. Kleinigkeiten (1. Was für Schriftsteller haben die röm. Juristen bei einzelnen Lehren zitiert? 2. Zur Entstehungsgesch. der Justinian. Dig.); GIRARD P. F. Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia; KOSCHAKER P. Der Archidikastes (vedi '07, fine); KRETSCHMAR P. Das Nexum u. sein Verhältnis zum Mancipium; KRÜGER H. Die Worte *qua de re agitur* und *(res) qua de agitur* in den Prozessformeln; KÜBLER B. Griech. Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur (vedi '07, fine); MITTEIS L. Ueb. die Kompetenz zur Vormundschaftsbestellung in den röm. Provinzen; PAPPULIAS D. Zur Lehre von den Pfandprivilegien; PARTSCH J. Der ediktale Garantievertrag durch receptum; SCHLOSSMANN S. Ueb. die angebliche techn. Bedeutung von *dare* in der röm. Rechtssprache; ID. Zu l. 16 Dig. de cond. causa data l. 2, 4 u. zur Eviktionshaftung bei stipulatio rem dari; SIBER H. Interpellatio u. Mora; WEISS E. Endogamie u. Exogamie im röm. Kaiserreich; ZANZUCCHI P. P. Rivista della letterat. romanist. ital. '07-08 (cont.); DESSAU H. Lex Julia de civitate danda; KÜBLER B. Ἐπαφή; MEYER P. M. Ein Fragment der Constitutio Antoniniana; MITTEIS L. Neue Urkunden; ID. Receptum argentarii; WENGER L. Curatrix; *Siber H.* Passivlegitimation (B. KÜBLER); *Rabel E.* Teilung (ID.); *Beseler G.* Edictum (H. KRÜGER); *Pflüger H. H.* Nexum (L. MITTEIS); *Aus röm. u. bürgerl. R.* (P. KOSCHAKER); *Seuffert L. v.* Loskauf von Sklaven (ID.); *Binder J.* Jur. Persönlichkeit (H. KRÜGER); *Girard P. F.* Gesch. u. System (L. WENGER); *Hitzig*

H. F. Altgr. Staatsverträge (L. MITTEIS); *Mélanges Gérardin* (B. KÜBLER) (cont.). — German. Abt. XXIX '08: CONRAT (COHN) M. Ein Traktat üb. romanisch-fränkisches Aemterwesen; *Halban A. v.* Das röm. R. I-III (M. RINTELEN); *Merkel J.* Enterb. (A. B. SCHMIDT); *Möller E. v.* Alciat (E. LANDSBERG).

ZGH. LXII (Dritte Folge III). '08. 3-4: *Siber H.* Passivlegitimation (v. MAYR). — LXIII (IV). '08-09. 1-3: *Hitzig H. F.* Staatsverträge (P. KOSCHAKER); *Merkel J.* Enterb. (F. K. NEUBECKER).

Zeitschrift für das Gymnasialwesen LXIII (N. F. XLIII). '09. 1: *Reinach S.* Une ordalie par le poison et l'affaire des Bacchanales (H. J. MÜLLER).

Zeitschrift für deutschen Zivilprozess XXXVI. '06-07: KANN Gesamtbericht üb. die Literatur des deutsch. Zivilpr. f. das J. '05. Röm. R. Fortbildung des r. R. im Mittelalter. — XXXVII. '07-08. 1-2: Id. id. '06. — XXXVIII. '08-09. 1-2: *Regelsberger F.* Besitzschutz (H. REICHEL) — XXXIX. '09-'10. 1-2: KANN id. '07.

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft XXVII. '07: Literaturbericht. Vergleich. Rechtsw., *Müller D. H.* Das Syrisch. Röm. Rechtsbuch u. Hammurabi. — XXVIII. '08. 3: Literaturbericht. Griech. R., *Hirzel R.* Themis (H. KNAPP) — 7: Id. Röm. R., *Halban A. v.* Röm. R. III (Id.). — XXIX. '09. 3: Id. id., *Sachau E.* Syrische Rechtsbücher I (Id.).

Zeitschrift für die österreichischen Gymnasien LIX. '08. 7: *Schneidewin M.* Provinzialverwaltung (E. GSCHWIND).

Zeitschrift für Kirchengeschichte XXIX. '08. 2: *Weinel H.* Urchristentum (J. LEIPOLDT).

ZVR. XXII. '09. 1: ERDMANN W. Die Entwicklung der Testirfreiheit im r. R.; BRASSLOFF S. Die Rechtsstellung der Vestalinnen u. das Heiratsalter im altröm. R.; v. *Koschembahr-Liskowski* Condictio I, *Leonhard R.* Irrtum² I, *Ehrlich E.* Gewohnheitsrecht (J. KOHLER).

Zeitschrift für vergleichende Sprachforschung XLII. '08. 1: BAZZENBERGER A. Pontifex u. imperator.

Zeitschrift für Völkerrecht und Bundestaatsrecht II. '08¹. 3: *Trumpler* Die Gesch. der röm. Gesellschaftsformen (REDAKT.) — 4: *Hitzig H. F.* Staatsverträge (J. KOHLER) — III. '08². 2: *Sokolowski P.* Philosophie II.

ZR. XXVII (Zweite Reihe II) '07-08. 12: *Girard P. F.* Gesch. u. System II (ERMAN); *Seuffert L. v.* Loskauf von Sklaven (STERNBERG in *Jubiläums Festschrift f. Giessen*). — XXVIII (III) '08-09. 1: *Gummerus H.* Die Fronden der Kolonen (ERMAN) — 2: *Bechmann A.* Kauf III 2 (BIERMANN); *Frenzell G.* Eigentum (STERNBERG), *Kretschmar P.* Kompensation (HERZEN); *Levy E.* Sponsio (ERMAN) — 3: *Pflüger H. H.* Nexum (HERZEN) — 4: *Starcke A.* Der Besitz bei der Erbschaftsklage (WEDEMAYER) — 5: *Festschrift für Bekker* (ERMAN); *Crémieu L.* Justice (HERZEN); *Hitzig H. F.* Staatsverträge (HEPDING); *Wlassak M.* Der Gerichtsmagistrat im gesetzl. Spruchverfahren (HERZEN) — 6: *Solimena C.* Il dir. delle colonie greche d'It. nelle satire di Petronio (HEPDING).

Giornale del Ministero di Giustizia (Russo) XIII. '07: SSERGEJEWITSCH Le più antiche assemblee popolari dei Germani e dei Greci.

CESARE BERTOLINI.

INDICE DEL VOLUME XX

SOLAZZI SIRO — Studi sull' « actio de peculio » (<i>Continuazione e fine</i>)	Pag. 5
BORTOLUCCI GIOVANNI — Studi critici e giuridici sul Digesto (<i>Continua</i>)	23
DE RUGGIERO ROBERTO — Locazione fittizia di una nave in un papiro greco-egizio dell'anno 212 d. Cr.	48
DE MEDIO ALFREDO — Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano	157
PAMPALONI MUZIC — L'eccesso di mandato e le scuole classiche di giurisprudenza (Contributo alla determinazione dei rapporti fra il mandato e la gestione d'affari)	210
MESSINA-VITRANO FILIPPO — La mala fede con l'inizio della lite nella « hereditatis petitio »	230
G. NOTARBARTOLO — Il fr. 1 § 4 D. XX, 1 (Papiniano XI. resp) - Un nuovo caso di obbligazioni naturali	244
BONFANTE PIETRO — Di un testo di Pietro Diacono relativo ai « Libri juris civilis » di M. Terenzio Varrone.	254
CONRAT (COHN) MAX — Un foglio di un antico manoscritto del « Digestum novum ».	260
Necrologie — SCIALOJA VITTORIO, Necrologia di Alfredo De Medio	261

Recensioni :

B. P. GRENFELL, A. S. HUNT, E. J. GOODSPEED — The Tebtunis Papyri (rec. G. BORTOLUCCI).	77
LEGRAS dott. HENRI — La table latine d'Héraclée (la prétendue lex Julia municipalis) (rec. V. ARANGIO RUIZ)	83

O. LENEL — Das edictum perpetuum (rec. S. RICCOBONO)	Pag. 91
J.-B. MISPOULET — Le régime des mines à l'époque romaine et au moyen âge d'après les tables d'Aljustrel (rec. L. CANTARELLI)	104
P. F. GIRARD — Un document sur l'édit antérieur à Julien: Valerius Probus de litteris singularibus 5, 1-24 (rec. S. RICCOBONO).	106
Bibliografia — C. BERTOLINI	111, 264

BULLETTINO

DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XXI - FASC. I-VI

L'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO ha sede presso la FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA.

Dovranno essere inviate a quest'indirizzo tutte le comunicazioni concernenti l'amministrazione del *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, le opere, le pubblicazioni e le riviste.

Gli articoli da inserire nel *Bullettino* e le note scientifiche dovranno essere dirette al segretario perpetuo prof. VITTORIO SCIALOJA: Piazza Grazioli, 5, Roma.

Si raccomanda vivamente agli scrittori ed editori di opere di Diritto Romano di inviare le loro pubblicazioni al nostro Istituto, che ne darà annunzio nel *Bullettino* e delle più notevoli farà una recensione.

ROMA

ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

presso la Facoltà Giuridica
della R. Università

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

ANNO XXI - FASC. I-VI

SOMMARIO

MARCHI ANTONIO — Le disposizioni testamentarie a titolo di pena. Pag.	5
BORTOLUCCI GIOVANNI — Studi critici e giuridici sul Digesto (<i>Continuazione e fine</i>)	110
MANENTI CARLO — Exceptio rei in iudicium deductae ed exceptio rei iudicatae (Studio critico esegetico)	139
PAMPALONI MUZIO — Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia .	180
PAMPALONI MUZIO — Studi sopra il delitto di furto (<i>Continua</i>). . . .	205
BIONDO BIONDI — Il fr. 8 D. de eo quod certo loco, XIII, 4 (Spiegazione di una 'lex damnata')	222

Recensioni:

Prof. ENRICO REDENTI — Pluralità di parti nel processo civile (Diritto romano). Estratto dall' <i>Archivio giuridico</i> « F. Serafini » LXXIX, 1907 (rec. V. ARANGIO-RUIZ)	236
HERMANN FITTING — Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander (rec. BIONDO BIONDI).	250
Libri fondiari e ordinamento catastale nell'Egitto greco-romano: H. LEWALD, Beiträge zur Kenntnis des römisch-ägyptischen Grundbuchrechts — O. EGER, Zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit Untersuchungen auf Grund der griechischen Papyri (rec. R. DE RUGGIERO)	255
Fontes iuris romani antejustiniani in usum scholarum ediderunt S. RICCOBONO, J. BAVIERA, C. FERRINI iuris antecessores (Leges, auctores, leges saeculares) (rec. R. DE RUGGIERO)	308

Per quanto concerne la **DIREZIONE** del *Bullettino* rivolgersi al Segretario perpetuo **Vittorio Scialoja**, professore nella R. Università di Roma: Piazza Grazioli, 5, Roma.

 Per quanto concerne l'**AMMINISTRAZIONE**, le quote dei soci e gli abbonamenti rivolgersi all'*Amministrazione dell'Istituto di Diritto Romano*, PRESSO LA FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA.

Per gli abbonamenti nei **Paesi Bassi**, negli **Stati Uniti d'America** e nell'**Africa del Sud** rivolgersi al libraio:

MARTINUS NIJHOFF 'S-GRAVENHAGE — L'AIA (OLANDA).

Gli editori e gli autori, che desiderano cenni bibliografici sulle opere da essi pubblicate, sono pregati a volerle inviare all'Istituto (*presso la FACOLTÀ GIURIDICA DELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA*).

La recensione o il cenno bibliografico saranno fatti con la maggiore sollecitudine e una copia dell'estratto sarà inviata al mittente.

BULLETTINO
DELL' ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

BULLETTINO
DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

PUBBLICATO PER CURA DEL SEGRETARIO PERPETUO

VITTORIO SCIALOJA

PROF. DI DIRITTO ROMANO NELLA R. UNIVERSITÀ DI ROMA

ANNO XXI

ROMA
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
presso la Facoltà Giuridica
della R. Università

—
1909

LE DISPOSIZIONI TESTAMENTARIE

A TITOLO DI PENA *

Le disposizioni testamentarie a titolo di pena hanno avuto indubbiamente una grande importanza nell'antico diritto: una speciale rubrica ad esse era consacrata nei libri *ad Sabinum*¹⁾; Gaio parla del divieto dei legati poenae nomine come di un principio addirittura fondamentale in materia di legati e su di esso s'intrattiene diffusamente (Gaio 2, 235-237, 243, 288. Conf. anche Ulp. XXIV, 17. XXV, 13); nella compilazione giustiniana un titolo delle Pandette (34, 6) e del Codice (6, 41) tratta di questi lasciti ed è notevolmente accresciuta nelle Istituzioni (2, 20 § 36) la trattazione Gaiana relativa alle disposizioni p. n.

Nondimeno convien riconoscere che la maggiore oscurità regna tuttora su questa materia: incerto è ciò che distingue i lasciti p. n. dalle altre disposizioni condizionali, incerto è quali disposizioni testamentarie siano atte ad assumere il carattere di lasciti p. n., incerto

* **Bibliografia.** — BYNKERSHOEK, *Opusculum de legatis poenae nomine*, in *Opuscula varii argumenti*, II, 6. MAJANSIUS, *Disputationes Iuris. Disputatio XLII.* GOESCHEN, *Observationum iuris romani specimen. Observatio III* ad § ult. *Inst. de legatis*, 2, 20. STEINFELD, *Ueber den Grundsatz der benevolentia für die Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen*, pag. 9-18. BUONAMICI, *Recitatio solemnitas ad tit. Dig. de his quae poenae causa relinquuntur*, 34, 6 et ad tit. *Cod. de his quae poenae nomine in testamento vel codicillis relinquuntur*, 6, 41 in *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, XXXIX, pag. 54 segg. FILIPPO LONGO, *Le disposizioni testamentarie in forma di pena* in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, vol. VI, pag. 159 segg. ROSSHIRT, *Die Lehre von den Vermächtnissen nach roem. Rechte*, I, pag. 367. HUSCHKE, *Die Multa und das Sacramentum*, pag. 302 segg. FERRINI, *Legati*, pag. 71, 331, 352-353, 375. PERNICE, *Labeo III*, pag. 45, n. 5. FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano*, I, pag. 56-58.

¹⁾ LENEL, *Palting. II Ad Sab. librorum rubricarum index*, III, 22.

è quali di questi lasciti nel diritto anteriore a Giustiniano fossero validi e quali nulli, incerta è la ragione di tale nullità, incerti sono infine i nessi, le analogie e le differenze fra la poena testamentaria e quella convenzionale. Causa precipua di tanta oscurità e di tante incertezze è che i lasciti p. n. hanno col volger del tempo subito mutazioni profonde, che a stento si ravvisano attraverso la compilazione giustinianea; la quale non ci ha conservato su questa materia che notizie assai scarse. Io credo però che, raccogliendo, con maggior cura di quanto siasi fatto sinora, tutto quello che le fonti a noi pervenute ci dicono sui lasciti p. n., si possa, mediante una minuta e paziente analisi, ricostruirne con sufficiente certezza nelle sue linee fondamentali la storia e la teoria.

L'impresa non è certo delle più facili; ma conviene intraprenderla, perchè tale ricostruzione non solo è di per sé assai interessante, ma da essa possono trarsi anche conclusioni notevoli in relazione alla clausola penale, alle speciali questioni relative alla stipulatio poenae e allo svolgimento storico del testamento.

Alla storia e alla teoria dei lasciti p. n. è dedicato il presente lavoro; in esso naturalmente non trova luogo l'esame delle questioni relative alla multa testamentaria, la quale (oramai non è più possibile alcun dubbio a questo riguardo)¹⁾ non rientra fra questi lasciti. La multa serve ad assicurare l'adempimento delle disposizioni date dal testatore per il suo sepolcro, per il culto dei Mani, per l'onore della sua memoria e della sua discendenza; è a favore di una cassa pubblica; di fronte ad essa non valgono le norme ordinarie relative alle disposizioni testamentarie: in breve la multa testamentaria eccede i limiti del diritto privato e rientra a rigore nel diritto pubblico.

¹⁾ I dubbi sono scomparsi dopo la dimostrazione datane dall' HUSCHKE, o. c., pag. 308, tanto che ora si tenta di spiegare in altro modo la validità della multa testamentaria (conf. in proposito la recente esposizione e le acute osservazioni dello SCIALOJA nel *Corso sui Diritti reali - Nozione di cosa e distinzione delle cose* - anno scolastico 1907-1908, pag. 438 segg.). Un argomento, a torto trascurato, per dimostrare la differenza tra la multa testamentaria e il legato a titolo di pena è dato dal fatto che, mentre GAIO dichiara espressamente che sarebbe colpito dal divieto il legato diretto a costringere l'erede a costruire un monumento in onore del testatore (GAIO, 2, 235), da un fr. di POMPONIO risulta invece che sarebbe in tal caso validamente imposta la multa Dig. 35, 1, 6; confr. anche fr. 27 eod.

I.

Dei lasciti poenae nomine in generale.

I. — CARATTERI E REQUISITI.

§ 1. I lasciti p. n. hanno carattere di clausole penali. - § 2. Sono lasciti condizionali. - § 3. Sotto condizione potestativa o promiscua da adempiersi dall'onerato. - § 4. Scritta con l'intenzione di esercitare una coazione. - § 5. Fanno perdere all'onerato una parte del suo patrimonio.

§ 1. Il determinare esattamente quali disposizioni testamentarie possono essere annoverate tra i lasciti a titolo di pena dà luogo a parecchie questioni, alcune delle quali sono assai ardue. È perciò opportuno stabilire innanzi tutto da un punto di vista generale il carattere e i requisiti essenziali di questi lasciti, carattere e requisiti che possono abbastanza agevolmente dedursi da Gaio e da alcuni passi delle Pandette relativi alla nostra materia.

Risulta in modo evidente da Gaio che sono p. n. le disposizioni scritte dal testatore per costringere una persona gratificata nel testamento a compiere o a non compiere un dato fatto. Questo scopo coercitivo è ciò che egli mette esclusivamente in rilievo nella definizione del legato a titolo di pena.

Gaio 2, 235: poenae... nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat¹⁾.

Inoltre, per decidere se una disposizione sia poenae nomine, Gaio ricerca solo se essa sia o no atta a costringere l'erede a fare o a non fare.

Gaio 2, 237: De tutore vero nihil possumus quaerere, quia non potest datione tutoris heres compelli quicquam facere aut non facere...

2, 243: ... nihil enim interest, utrum legatum dare iubeatur heres... an coheres ei adiciatur, quia tam coheredis adiectione quam legati datione compellitur, ut aliquid contra propositum suum faciat...

In pieno accordo con ciò è quanto dice Teofilo sull'origine di queste disposizioni:

¹⁾ Questa stessa definizione è ripetuta da GIUSTINIANO, *Ist.* 2, 20 § 36 e da ULPIANO, XXIV, 17 (qui però appare con una notevole aggiunta sulla quale conf. pag. 61).

Paraphr. (ed. Ferrini) 2, 20 § 36:... ἐπειδὴ γὰρ πολλοὶ τελευτῶντες προσέταττον γίνεσθαι τινα παρὰ τῶν κληρονόμων καὶ βίου αὐτοῖς ὑπέγραφον τρόπον τινά, καθ' ὃν ἔδει αὐτοὶ πολιτεύεσθαι, εἴτα οἱ κληρονόμοι τῶν τοιούτων κατεφρόνουν βουλῆσεως ἀζημίως· διὸ τοῦτο ἑωρακότες οἱ ἄνθρωποι λοιπὸν ἐπενόησαν χρηματικὴν ποινὴν, ἣς δέει ἡναγκάζετο ὁ κληρονόμος πράξαι τι καὶ παρὰ σκοπόν.

Paraphr. 2, 20 § 36:... οὐδὲ κληρονόμον *poenae nomine* ἰσχυρῶς τις γράφει, ὥς *Sabinos* φησὶν... ὥσπερ γὰρ λυπεῖ τὸν κληρονόμον ἢ τοῦ ληγάτου δόσις οὕτω καὶ τὸ λαβεῖν συγκληρονόμον ζημιοῖ αὐτὸν· ἀφαιρεῖται γὰρ τὸ ἥμισυ τῆς κληρονομίας.

Gli esempi addotti da Gaio, ed altri aggiunti da Giustiniano, chiariscono assai bene come il testatore avrebbe potuto raggiungere questo scopo, se non avesse fatto ostacolo il divieto dei lasciti a titolo di pena:

Gaio 2, 235:... *veluti quod ita legatur: 'si heres meus filiam suam Titio in matrimonium conlocaverit, X (milia) Seio dato' vel ita: 'si filiam Titio in matrimonium non conlocaveris, X milia Titio dato'.*

Ist. 2, 20 § 36: '*heres meus si servum Stichum alienaverit (vel ex diverso 'si non alienaverit'), 'Titio decem aureos dato'...*

... *veluti si quis dicat: 'Titius heres esto: si Titius filiam suam Seio in matrimonium collocaverit, Seius quoque heres esto'.*

Come è facile intendere, il beneficio largito dal testatore alle persone onorate nel testamento è maggiore o minore secondo che sia stato o no imposto alle persone stesse l'onere di dare qualche cosa ad altri od altre persone siano state chiamate a dividere con loro il beneficio: negli esempi surriferiti è manifesto che il beneficio, che risentirebbe l'erede, resterebbe diminuito, se egli dovesse dare il legato, o se venisse a verificarsi il concorso del coerede nell'eredità. Il testatore pertanto può esercitare un'efficace coazione sull'erede, o su altra persona onorata nel testamento, scrivendo una disposizione, atta a diminuire il beneficio loro largito e subordinando tale disposizione alla condizione che costoro diano qualche cosa, compiano, o non compiano un dato fatto. Accade allora che la persona onerata di questo lascito sarà indotta a dare la cosa, a compiere o non compiere il fatto, per non risentire la diminuzione del beneficio, diminuzione che si verificherebbe necessariamente se il lascito fosse dovuto. In tal modo la disposizione p. n. viene ad assumere nel te-

stamento il carattere e la funzione di una vera e propria clausola penale¹⁾, carattere e funzione che appaiono con la maggiore evidenza in quella che fu la forma tipica originaria di siffatte disposizioni, vale a dire nel *legatum per damnationem* di una somma di danaro²⁾.

Come nella pena convenzionale³⁾ scopo del creditore è che sia compiuto quanto è dedotto in condizione, così in questi casi scopo del testatore è che l'erede collochi in matrimonio la figlia con Tizio o dia la cosa, sia cioè eseguito il fatto o la prestazione che forma oggetto della condizione; e, analogamente, come nella pena convenzionale tale scopo viene raggiunto imponendo in caso di inosservanza al debitore il pagamento di una somma di danaro, così tale scopo raggiunge qui il testatore onerando l'erede della dazione del legato. Inoltre come la somma promessa dal debitore prende il nome tecnico e specifico di poena⁴⁾, così lo stesso nome prende la somma o la prestazione dovuta dall'erede⁵⁾, il che rende addirittura evidente l'identità di carattere che sussiste fra queste disposizioni e la pena convenzionale. Non può dunque dubitarsi che i lasciti p. n. sono quelli che assumono nel testamento il carattere di vere e proprie clausole penali.

§ 2. Vediamo ora quali requisiti debbono concorrere perchè una disposizione testamentaria possa assumere questo carattere.

Occorre innanzi tutto che si tratti di una disposizione condizionale. Le disposizioni pure, anche se furono scritte al solo scopo di arrecare pregiudizio (disposizioni scritte al solo scopo di onerare le persone gratificate nel testamento, *ademptio*, *translatio*, *exhereditatio*), non possono essere annoverate tra le disposizioni p. n., perchè me-

¹⁾ Conf. WINDSCHEID, *Pand.* § 236, n. 4; FERRINI, *Pand.* § 431. BUONAMICI, op. cit., pag. 56.

²⁾ Conf. pag. 30.

³⁾ BERTOLINI, *Studi e documenti di storia e diritto*, vol. XV, pag. 97 segg.; FERRINI, loc. cit.

⁴⁾ Conf. pag. 30, n. 3.

⁵⁾ AFRICANO, *Dig.* 34, 6, 1: «... quod in cuiusque lucrum aliquid ex ultima voluntate sentientis talem poenam in testamento scriptum sit, nullius momenti habendum». ULP. *ad Sab. Dig.* 35, 1, 12: «... causa in praeteritum, poena in futurum confertur». MARCIANO, *Dig.* 34, 6, 2: «Poenam a condicione voluntas testatoris separat et an poena, an condicio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet...».

dian te esse, per quanto il testatore infligga un pregiudizio o, se così si vuole, una pena, non si propone però di esercitare, nè esercita in realtà alcuna coazione per indurre le persone, a danno delle quali le disposizioni sono scritte, a compiere o non compiere dopo la sua morte un dato fatto. La differenza tra queste disposizioni e quelle p. n. risulta dalla definizione Gaiana sopraindicata, risulta dal concetto di clausola penale e risulta altresì dal seguente fr. di Ulpiano ad Sabinum:

Dig. 35, 1, 12 Ulpianus libro XXIV ad Sab.: Si ita legatum sit: 'quoniam filius maior ex arca mea decem sustulit, heres minor filius decem e medio sumito' debetur legatum, quia idcirco relictum est, ut condicio filiorum exaequaretur. Et sane haec causa est: nam causa in praeteritum, poena in futurum confertur.

Questo fr. è abbastanza oscuro, perchè, isolato dal resto dell'opera originaria come leggesi ora nella compilazione giustiniana, e, per di più, con tutta probabilità alterato dai compilatori¹⁾, non lascia ravvisare con certezza la ragione per cui si dubitava della validità di questo prelegato²⁾. In ogni modo a noi interessa soprattutto l'ul-

¹⁾ Il testo nell'opera originaria riferivasi indubbiamente ai lasciti p. n. LENEL, *Paling. Ulpianus*, 2662. Indizi formali di interpolazione non mancano: per lo meno superfluo è l'idcirco (idcirco ut); il pronome haec (et sane haec) manca di un sostantivo al quale possa riferirsi. La parte finale del testo, che sembra una nota di Ulpiano, si presenta in una forma inusitata nel commentario ad Sabinum fatto da questo giureconsulto. (SCHULZ, *Sab. fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentur*, pag. 7); ma non ignota ai compilatori (conf. la mia raccolta delle *Interpolazioni risultanti dal confronto tra il Gregoriano, l'Ermogeniano, il Teodostiano e il Codice Giustiniano* voc. *Sane*). E questa nota appare anche non felicemente connessa a quanto precede: il confronto fra poena e causa presuppone in questo caso logicamente che anche rispetto alla causa sussistesse l'intenzione di punire, mentre ciò è escluso dal testo («quia idcirco relictum est, ut condicio filiorum exaequaretur»).

²⁾ Tale non è certo quella che appare dal complesso del testo, cioè che il padre avesse scritto il legato per punire il figlio maggiore (conf. pag. 57). Invece un attento esame del testo persuade, a mio avviso, che la questione qui originariamente trattata vertesse sul punto se il principio falsa causa non nocet, potesse trovare applicazione anche nei legati che il testatore avesse scritto al solo scopo di punire l'erede, falsamente credendo che questi avesse compiuto un fatto, che non aveva in realtà compiuto. Che questo tipo di prelegato solesse addursi dai Sabiniani in relazione alla falsa causa può arguirsi dal seguente fr. di GAI, 35, 1, 17 § 2: «Quod autem iuris est in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, veluti ita... fundum Titius, filius meus, praecipito, quia frater eius ipse ex arca tot aureos sumpsit: licet enim frater huius pecuniam ex arca non

tima parte del testo, che contiene forse una nota di Ulpiano. La distinzione ivi fatta che la causa si riporta al passato, la pena al futuro, sta appunto a significare che si avrà un lascito con causa penale, se il testatore lo scrisse allo scopo di punire uno degli onorati per aver compiuto un dato fatto, mentre è in vita il testatore e che si avrà invece una vera pena, cioè un lascito a titolo di poena, quando il lascito fu scritto per punire l'onorato, se lo compirà in futurum¹⁾, cioè post mortem testatoris. Nel primo caso la disposizione è necessariamente pura; nell'altro condizionale²⁾ e delle due disposizioni solo la seconda ricade, a giudizio di Ulpiano, nel concetto di poena.

§ 3. È poi evidente che la condizione apposta al lascito p. n. deve essere tale che il suo adempimento dipenda dalla volontà di colui a danno del quale il lascito è scritto, perchè, solo quando ciò si verifichi, potrà effettivamente esercitarsi una coazione su di lui. Dovrà quindi trattarsi di una condizione potestativa o almeno mista, la quale per regola dovrà essere imposta alla persona stessa, il cui beneficio resterà diminuito, se il lascito sarà dovuto.

Nondimeno l'acquisto mediato, che il domino o il pater familias fanno dei benefici largiti al servo o al figlio, permette di considerare come p. n. anche le disposizioni sotto condizione dipendente dalla volontà del domino o del paterfamilias. Ciò risulta da un fr. di Africano, accolto nella compilazione giustiniana e adattato dai compilatori al diritto nuovo:

Dig. 34, 6, 1. Africanus libro (V) quaestionum: Filio familias vel

sumpsit, utile legatum est». A me sembra che di fronte ai lasciti, ispirati dal solo desiderio di punire l'erede, non dovesse trovare applicazione il principio suddetto, perchè esso presuppone da parte del testatore l'intenzione di beneficiare il legatario (SCIALOJA, *Bullett. dell'Istituto di dir. romano*, XIV, pag. 46 - può addursi anche che la falsa causa annulla l'exheredatio. PERNICE, *Labeo*, III, pag. 73, n. 1). Quindi Sabino doveva qui dichiarare dovuto il prelegato, benché il figlio non avesse tolto la somma dall'arca, appunto perchè il padre aveva con ciò voluto soltanto eguagliare la condizione dei figli e non già punire quello che aveva tolto la somma dall'arca.

¹⁾ Conf. anche Dig. 35, 1, 34 § 1.

²⁾ Il fatto futuro, che dovrà compiersi post mortem testatoris, rende necessariamente condizionale la disposizione. Neppure va dimenticato di notare che il fr., il quale precede immediatamente il nostro (fr. 11), dice appunto che le condizioni potestative devono adempirsi post mortem testatoris. FERRINI, *Legati*, pag. 361.

servo herede instituto etiam si in patris dominive poenam *illicite vel probrose* datum est, nullius momenti legatum esse respondit: non enim id solum quod in heredes, sed omne, quod in cuiusque lucrum aliquid ex ultima voluntate sentientis *talem* poenam in testamento scriptum sit, nullius momenti habendum¹⁾.

§ 4. Altro requisito, non meno essenziale dei precedenti, è poi che il lascito sia stato effettivamente scritto dal testatore allo scopo di costringere l'onerato all'adempimento del fatto o all'astensione dedotta in condizione. Anche su questo punto abbiamo un'autorevole testimonianza delle fonti:

Dig. 34, 6, 2. Marcianus libro VI Inst: Poenam a condicione voluntas testatoris separat et an poena, an condicio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet; idque divus Severus et Antoninus rescripserunt.

Suppongasi che il testatore abbia legato cento a Tizio, se l'erede andrà a Capua: tale legato sarà p. n. se il testatore volle così costringere l'erede a non andare a Capua; non sarà a titolo di pena, se invece il testatore fu indotto a imporre questo onere all'erede, perchè p. e. sapeva che questi, andando a Capua, avrebbe ritratto un gran lucro e ciò gli avrebbe permesso di pagare il legato senza suo grave disagio²⁾.

§ 5. Finalmente la disposizione deve arrecare alla persona, a danno della quale è scritta, un pregiudizio avente carattere di poena.³⁾ Su

¹⁾ In diritto giustiniano il divieto dei lasciti a titolo di pena è ristretto a quelli sotto condizione impossibile o illecita. Cod. 6, 41. L'interpolazione del testo già rilevata dagli antichi è concordemente ammessa (da ultimo: LENEL, *Palin. Africanus*, 122 n. 2; DE RUGGIERO, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*. XVI, pag. 188). Il testo presuppone che siano stati istituiti eredi un figlio di famiglia o un servo e che siano stati onerati di un legato (conf. ULP. XXIV, 21) per punire il padre o il padrone, se questi compiranno o non compiranno un dato fatto. Costoro come lucrano l'eredità, così anche risentono il pregiudizio, se il legato sarà dovuto, e perciò il lascito rientra tra quelli p. n.; il che non si verificherebbe se la condizione non dipendesse dalla volontà di un estraneo. Sulla questione qui trattata da Africano conf. Dig. 35, 1, 79 § 4.

²⁾ Conf. su ciò pag. 42 sgg., e FERRINI, *Legati*, pag. 352.

³⁾ L'importanza di accertare questo requisito non sfuggì al GOESCHEN, *Observationum iuris romani specimen*. Obs. III, pagg. 61 segg.; ma la sua trattazione è insufficiente, forse anche perchè resta ristretta solo a determinare il concetto di pena in relazione all'adempito e alla translatio legati. Nulla trovo a questo riguardo negli altri autori, che si sono occupati della nostra materia.

questo punto noi dobbiamo portare tutta la nostra attenzione, perchè trattasi di stabilire il requisito dei lasciti p. n. più arduo e più oscuro.

L'incorrere nella pena non è il solo caso in cui, chi non adempie la condizione che gli è stata imposta, risente un pregiudizio economico; accanto a questo caso ve ne sono altri affini ed è perciò necessario vedere in che differisca il pregiudizio derivante dalla pena da questi altri pregiudizi, che in essa non rientrano.

Negli atti tra vivi l'inadempimento della condizione potestativa può avere per effetto:

a) che taluno perda ciò che è suo; ed è questo il caso tipico della pena: chi paga una penale, perde a vantaggio del creditore quanto ha pagato;

b) che non si consegna una prestazione che sarebbe dovuta; ciò avviene nel caso in cui sia stata promessa una prestazione ad alcuno, se compirà o non compirà un dato fatto¹⁾;

c) che si debba restituire quanto si è ricevuto; così p. e. nella cautio Muciana.

Le stesse conseguenze possono verificarsi nelle disposizioni testamentarie sotto condizione potestativa. Può infatti accadere:

a) che l'inadempimento abbia per effetto che una persona gratificata nel testamento debba perdere qualche cosa che era o è divenuta sua e ciò avviene appunto nei lasciti p. n: suppongasì che il testatore abbia onerato l'erede di un legato, o di un fidecommesso, o abbia lasciato la libertà a un servo sotto condizione potestativa da adempiersi dall'erede medesimo²⁾;

b) che non si consegua il beneficio largito dal testatore, come avviene ordinariamente in tutte le disposizioni sotto condizione potestativa imposta all'onorato (legato sotto condizione da adempiersi dal legatario, *ademptio*, *translatio* etc.³⁾);

* c) che l'onorato debba restituire l'intero beneficio, il che si verifica nella restituzione condizionalmente imposta per mezzo di

¹⁾ Conf. p. e Dig. 45, 1. 97 § 2; 107; 108 pr.; 123; 39, 5. 19 § 6.

²⁾ Per quanto concerne il legato conf. GOESCHEN. op. cit. pag. 62, per la manumissio GAIUS 2, 200.

³⁾ Su queste ultime conf. i testi citati a pag. 25, n. 2.

fedecompresso singolare¹⁾ (diverso è il caso del fedecompresso universale, cfr. pag. 18).

In tutti questi casi, tanto negli atti tra vivi quanto nel testamento, abbiamo che si esercita sempre una coazione sulla persona cui è imposta la condizione, perchè nelle condizioni potestative, a differenza delle casuali, si ha di mira non il solo verificarsi dell'avvenimento, ma soprattutto l'atto di volontà di colui che deve adempierle²⁾; e, d'altra parte, se costui non vuole compiere quanto è dedotto in condizione, risentirà un pregiudizio, perchè, secondo i casi, o dovrà perdere qualche cosa, o non conseguirà quanto avrebbe potuto conseguire, o dovrà restituire quanto ha ricevuto. Però, non ostante la innegabile somiglianza che fra loro presentano questi casi, intercede una sostanziale differenza tra il perdere ciò che era o è divenuto nostro, e il non acquistare o dover restituire qualche cosa, perchè mentre nel primo caso si verifica una diminuzione nel patrimonio, ciò non avviene negli altri due casi. Il patrimonio di chi non acquista ciò che avrebbe potuto acquistare resta evidentemente inalterato. E del pari inalterato resta quello di chi deve restituire ciò che ha ricevuto. Per quanto in questo caso si abbia la perdita di un acquisto, ciò non produce una vera e propria diminuzione del patrimonio, perchè l'acquisto stesso, essendo soggetto all'obbligo della eventuale restituzione, non è venuto in modo definitivo a far parte del patrimonio.

Ora a me sembra che ricada nel concetto di poena il solo pregiudizio che consiste nel perdere una parte del patrimonio³⁾; e che quindi in tale concetto non rientri nè possa rientrare non solo il mancato acquisto⁴⁾, ma neppure il dover restituire quanto si è rice-

¹⁾ Gli esempi abbondano nelle fonti: Dig. 32, 38 §§ 3, 5; 34, 4, 3 § 4; 35, 1, 22; 32, 14 pr. Cod. 8, 28, 1. C. I. L. II, 4514. V, 5134. XIV, 2934. Su questi importantissimi testi conf. pag. 57 sgg.

²⁾ FERRINI, *Legati*, pag. 361; *Pand.* § 135. Ciò spiega perchè, anche rispetto alle disposizioni sotto condizione potestativa dell'onorato, i testi parlano di parere condicioni (Dig. 35, 1, 2; 11 § 1; 40 pr.; 45; 63 § 1; PERNICE, *Labeo*, III, pagg. 40-41) di obtemperare voluntati, Dig. 35, 1, 2, di prohibere, iniungere etc. Dig. 35, 1, 63 pr. § 1; 62 § 2.

³⁾ Ciò ammette anche GOESCHEN, op. cit. pag. 63.

⁴⁾ Che il mancato acquisto non costituisca una poena è concordemente ammesso: GOESCHEN, op. cit. pagg. 73 sgg.

vuto¹⁾ Innanzi tutto ciò è in armonia col concetto originario di poena, la quale da principio resta rigorosamente ed esclusivamente ristretta al caso in cui l'inadempimento della condizione ha per effetto che si debba pagare una somma di danaro²⁾. Che in seguito si sia ravvisata una poena nel dover dare qualche cosa di diverso dal danaro e anche nel perdere ipso iure la proprietà³⁾, è facilmente spiegabile, perchè pur anco in questi casi l'effetto economico, a danno di colui che incorre nella pena, è sempre eguale a quello che deriva dal dover pagare una somma di danaro: chi incorre nella pena, consista questa nel dover dare o perdere qualche cosa, subisce sempre una diminuzione del suo patrimonio. Ma non altrettanto facile sarebbe spiegare come si sarebbe potuta ravvisare una pena anche dove manca tale diminuzione, perchè allora avremmo non una semplice estensione del concetto di pena; ma addirittura un concetto nuovo, che si sarebbe sostituito a quello originario.

È poi evidente che la pena convenzionale comprende solo l'obbligo di dare una somma di danaro o qualsiasi altra cosa avente valore patrimoniale⁴⁾, cioè il perdere ciò che è del debitore e che diminuisce il suo patrimonio, ma non comprende mai il mancato acquisto o la restituzione di quanto si è ricevuto: nessuno dirà che è una stipulatio poenae il promettere cento a Tizio, se compirà o non compirà un dato fatto, o che sono stipulazioni penali quelle dirette alla pura e semplice restituzione della cosa.

Lo stesso deve perciò ritenersi rispetto alla poena testamentaria e, se di fronte a questa riesce assai meno evidente, che non rispetto alla pena convenzionale, ravvisare sia ciò che caratterizza il pregiudizio derivante dalla pena, sia la differenza che intercede tra questa, il mancato acquisto e l'obbligo della restituzione, ciò dipende soltanto dal fatto che nelle disposizioni testamentarie concorrono principi speciali, che attenuano notevolmente le conseguenze derivanti dalla pena

¹⁾ Assai più dubbio è il caso della restituzione imposta mediante fedecom-messo singolare; i testi citati a pag. 14. n. 1 sembrano fornire esempi evidentsimi di lasciti p. n.

²⁾ Per la pena convenzionale BERTOLINI, op. cit. pag. 92; per i lasciti p. n. vedi pag. 30.

³⁾ Conf. pag. 36.

⁴⁾ Sul carattere patrimoniale della pena conf. pag. 20 sgg.

e la rendono così apparentemente simile a pregiudizi di natura diversa. È noto che il testatore può subordinare l'acquisto del beneficio a condizioni da adempiersi dagli onorati; può a questi imporre, mediante fedecompresso singolare, l'obbligo della restituzione dell'intero beneficio loro largito; ma, dopo le leggi limitatrici dei legati, in tutti gli altri casi l'onere imposto mediante qualsiasi altra disposizione alle persone onorate nel testamento, deve necessariamente essere inferiore al beneficio largito alle persone stesse. Tutto ciò naturalmente trova applicazione anche rispetto ai lasciti p. n. e fa sì che, anche in quelli che hanno più spiccato il carattere di pena, non riesca agevole ravvisare subito la diminuzione di patrimonio, che, per effetto di questi lasciti, risentono quelli che ne sono onerati, perchè tale diminuzione deve necessariamente essere compensata da un beneficio maggiore loro largito. Inoltre il non acquistare il beneficio, o doverlo integralmente restituire, costituiscono i pregiudizi maggiori che il testatore può infliggere alle persone onorate nel testamento: costoro, se non adempiranno la condizione, non acquisteranno nulla o dovranno tutto restituire, mentre l'ontrato di una disposizione p. n. conserverà invece sempre una parte del beneficio.

Ma per quanto tutto ciò attenui il pregiudizio derivante dalla poena testamentaria e offuschi la differenza che intercede fra questa, il mancato acquisto e la restituzione, ciò che caratterizza la pena è sempre la diminuzione di patrimonio, la quale si verifica nei lasciti p. n., ma non negli altri lasciti condizionali. L'erede, p. e., che deve pagare un legato p. n., soffre pur sempre (anche dopo le leggi limitatrici dei legati) una diminuzione del suo patrimonio, perchè di questo viene in modo definitivo e irrevocabile a far parte l'eredità da lui acquistata e perciò il pregiudizio che egli risente differisce sempre da quello che risentono tanto gli onorati sotto condizione, quanto gli onerati dell'obbligo della restituzione di tutto intero il beneficio. Che poi costoro soffrano un pregiudizio economicamente maggiore di quello che soffre chi è ontrato di un lascito p. n., non basta a far ritenere che il pregiudizio stesso costituisca una poena; ciò prova solo che, per decidere se effettivamente si abbia un pregiudizio di tal genere, si deve aver riguardo, non alla sua entità, ma alla sua natura. Per rimuovere ogni dubbio a questo riguardo convien infine tener presente anche che risulta con certezza che il divieto dei lasciti p. n.

non fu esteso nè alle disposizioni sotto condizione potestativa dell'onorato¹⁾, nè all'obbligo della restituzione condizionalmente imposto mediante fedecommesso singolare²⁾; e, dopo quanto siamo venuti dicendo, può, senza timore di errare, affermarsi che il divieto dei lasciti p. n. non colpì tali disposizioni appunto perchè, a somiglianza di quanto si verifica nella pena convenzionale, le disposizioni stesse non erano atte ad arrecare un pregiudizio avente carattere di pena³⁾.

L'esame, che siamo venuti facendo dei requisiti essenziali, che debbono riscontrarsi nelle disposizioni testamentarie a titolo di poena, ci permette di concludere che sono p. n. le disposizioni che assumono nel testamento il carattere di vere e proprie clausole penali, in quanto che sono scritte dal testatore per costringere una persona onorata nel testamento a compiere o a non compiere un dato fatto o a dare qualche cosa e sono atte, se la persona stessa non compie o compie il fatto o non dà la cosa a farle perdere parte del suo patrimonio, o di ciò che egli ha acquistato in modo definitivo per effetto di un'altra disposizione.

¹⁾ Per quanto concerne i legati basterà ricordare il fr. di Gaio, Dig. 35. 1, 63 § 1, dove appare la stessa condizione da Gaio, 2, 235, addotta, negli esempi tipici di legati p. n. nulli. Sull'istituzione di erede, sull'ademptio e la translatio sotto condizione potestativa dell'onorato conf. pag. 24 sgg.

²⁾ Nei casi indicati dai testi citati a pag. 14, n. 1 il fedecommesso, se fosse p. n., dovrebbe essere necessariamente nullo tanto secondo la nostra opinione sul fondamento del divieto (pag. 64 sgg.) quanto secondo l'opinione dominante (pag. 52 sgg.).

³⁾ La restituzione imposta mediante fedecommesso singolare dovrà pertanto considerarsi come una translatio sotto condizione risolutiva: FERRINI, *Legati*, pag. 327; MITTENS, *Roem. Privatrecht*, I, pag. 193, n. 20. E infatti nei casi citati a pag. 14, n. 1 la disposizione è tale che, a mio avviso, l'onorato del fedecommesso dovrà non solo restituire la cosa, ma anche quanto ha da essa ricavato (arg. Dig. 33. 2, 17), tanto più la condizione non solo è apposta al fedecommesso ma anche al legato. In questo modo i casi in questione vengono quasi ad identificarsi con quelli di translatio sotto condizione potestativa dell'onorato, la quale dà a questi diritto di acquistare il legato, anche pendente condizione, prestando cauzione all'erede Dig. 35. 1, 73; 34. 4, 3 § 4, o anche direttamente al secondo legatario, Dig. 35. 1, 18.

2. — LE SINGOLE DISPOSIZIONI A TITOLO DI PENA.

§ 1. Legato di obbligazione e fedecommissario. - § 2. Manumissio e legato di proprietà. - § 3. Datio tutoris. - § 4. Adiectio coheredis e adiectio collegatarii nel legato di proprietà. - § 5. Ademptio e translatio hereditatis, legati, fideicommissi, libertatis. - § 6. Indice dei casi di disposizioni p. n. conservati nelle fonti.

§ 1. Passiamo ora rapidamente in rassegna le diverse disposizioni che può contenere il testamento, per vedere quali di esse, quando siano sotto condizione potestativa dell'onerato e siano state scritte dal testatore coercendi causa, assumano il carattere di lasciti a titolo di pena.

Il legato di obbligazione e il fedecommissario singolare sono i lasciti, che più esattamente di tutti gli altri possono assumere carattere penale, perchè qui il testatore impone all'onerato l'obbligo di dare qualche cosa che era o è divenuto dell'onerato medesimo¹⁾.

Ma per fedecommissario può imporsi anche l'obbligo di restituire quanto si è ricevuto e questa restituzione può avere per oggetto: a) l'intero beneficio largito con un legato o con un altro fedecommissario: il fiduciario in tale ipotesi può essere tenuto a restituire tutto, come se il beneficio fosse stato a lui largito sotto condizione risolutiva²⁾; b) una quota di eredità non eccedente il dodrante: il fideicommissario ha diritto alla parte di eredità a lui lasciata e, per effetto del S. C. Trebelliano, egli è reputato heredis loco³⁾; c) l'intera eredità o una quota di essa eccedente il dodrante: l'erede, se accetta l'eredità, ha sempre diritto, in forza del Pegasiano, alla quarta parte del patrimonio ereditario, e i rapporti tra lui e il fideicommissario, cui spetta la parte rimanente, vengono assimilati a quelli tra erede e legatario⁴⁾.

Se la restituzione ha per oggetto l'intero beneficio largito mediante legato o fedecommissario, cioè, se trattasi di restituzione imposta per fedecommissario singolare, noi già lo vedemmo, non si ha una disposizione p. n.⁵⁾. Invece, se la restituzione ha per oggetto l'intera eredità, o una quota di essa, il fedecommissario ha carattere penale.

¹⁾ Il legato di obbligazione è il tipo originario dei lasciti a titolo di pena conf. pag. 30; per il fedecommissario conf. GAIO, 2, 288; ULP., 25, 13.

²⁾ Pag. 17, n. 3.

³⁾ GAIO, 2, 251, 253, 255; ULP. 25, 14, 15; *Ist.* 2, 23 § 4.

⁴⁾ GAIO, 2, 251, 254, 257; ULP. 25, 14, 15; *Ist.* 2, 23 § 5.

⁵⁾ Conf. pag. 14 sgg.

Ciò risulta, a mio avviso, dalla costituzione giustiniana con cui fu abolito il divieto dei lasciti a titolo di poena (pag. 26, 27).

Questa diversità tra la restituzione imposta mediante fedecom-messo singolare e quella imposta mediante fedecom-messo universale è pienamente giustificata. Il fiduciario onerato del fedecom-messo di eredità acquista, pendente condicione, l'intero patrimonio ereditario e tale acquisto non può, come quello del fiduciario onerato della restituzione mediante fedecom-messo singolare, considerarsi come un acquisto sotto condizione risolutiva, sia perchè si riconnette direttamente alla qualifica di erede, sia anche perchè il fiduciario non è tenuto a restituire tutto. Inoltre come hanno carattere di pena l'*adiectio coheredis*¹⁾ ed il legato, così del pari deve averlo in questi casi il fedecom-messo universale, che nelle fonti è ravvicinato all'istituzione di erede e al *legatum partitionis*.

§ 2. Carattere di pena può assumere la *manumissio testamentaria*²⁾, perchè l'onerato, non adempiendo la condizione, viene a perdere la proprietà sul servo³⁾.

Dubbi invece dovettero in antico sorgere necessariamente rispetto al legato per *vindicationem*, perchè tra Sabiniani e Proculiani disputavasi se la cosa legata fosse, pendente condicione, dell'erede o non piuttosto nullius⁴⁾, nel quale ultimo caso doveva anche ritenersi che l'erede, non adempiendo la condizione, non avrebbe risentito un pregiudizio avente carattere di pena, perchè nulla avrebbe perduto. Ma questi dubbi vennero a poco a poco a cessare, perchè, in seguito al ravvicinamento che si verificò sia fra le varie forme di legati, sia fra legati e fedecom-messi⁵⁾, anche il legato di proprietà finì per essere considerato, in modo analogo a quello di obbligazione, come un onere imposto all'erede⁶⁾ e poté perciò assumere il carattere di lascito p. n. 7).

¹⁾ Su questa conf. pag. 20 sgg.

²⁾ GAIO, 2, 236 (sui dubbi cui qui accenna Gaio conf. pag. 36, n. 2). *Ist.* 2, 20 § 36.

³⁾ GAIO, 2, 200.

⁴⁾ GAIO, 2, 200 su questa controversia conf. ora MITTEIS, *Roem. Privatrecht*, I, pag. 173.

⁵⁾ Su questo svolgimento conf. FERRINI, *Legati*, pag. 23 segg.; SEGRÉ, *Note esegetiche sui legati in Studi in onore di V. Scialoja*, I, pag. 241 segg.

⁶⁾ FERRINI, *Legati*, pag. 76; qualche cosa di simile si è verificato anche per la *manumissio* Dig. 28, 5, 6 § 4; 40, 7, 2 § 3.

⁷⁾ E infatti Gaio non fa, per quanto concerne il divieto dei legati p. n., nessuna distinzione fra i vari tipi di legato, GAIO, 2, 235, 143.

§ 3. Per quanto concerne la *datio tutoris*, Gaio ci attesta che ad essa non fu esteso il divieto e che, se anche era scritta per esercitare una coazione sull'erede, si considerava non a titolo di pena, ma come una disposizione condizionale.

Gaio 2, 237: « De tutore vero nihil possumus quaerere, quia non potest datione tutoris heres compelli quicquam facere aut non facere; ideoque (*etsi secundum mentem testatoris is, qui tutor*) datus est, poenae nomine tutor datus fuerit, magis sub condicione quam poenae nomine datus videbitur ».

Qui Gaio afferma indubbiamente una cosa inesatta scrivendo che mediante la *datio tutoris* il testatore non poteva costringere il pupillo a fare o a non fare qualche cosa. Specialmente se ci riportiamo all'antico diritto, quando la tutela conservava tuttora il carattere originario di potestà familiare assai simile alla patria potestas¹⁾, il pericolo di essere soggetto a un tutore sgradito e molesto, come era necessariamente quello nominato a titolo di pena, doveva riuscire all'erede assai più temibile che non l'obbligo di pagare un legato. Quindi mediante la *datio tutoris* poteva esercitarsi un'energica ed efficace coazione sull'erede e, se ciò nonostante essa non fu colpita dal divieto e fu considerata come una disposizione condizionale, anzichè a titolo di pena, la ragione di ciò deve ricercarsi nel fatto che il pregiudizio che risentiva in questo caso il pupillo, per quanto fosse relevantissimo dal punto di vista morale, non ricadeva nel concetto di pena, perchè il suo patrimonio non subiva alcuna diminuzione per la *datio tutoris p. n.* Di ciò avremo ora un'autorevole conferma.

§ 4. Che cosa dovremo pensare dell'istituzione di erede? Credo sia difficile negare ad essa il carattere di lascito a titolo di pena nel caso indicato da Gaio²⁾ e da Giustiniano:

Ist. 2, 20 § 36: « eo amplius nec heredem poenae nomine adici posse Sabinus existimabat, veluti si quis dicat: 'Titius heres esto; si Titius filiam suam Seio in matrimonium collocaverit, Seius quoque

¹⁾ BONFANTE, *Istituzioni* § 70; PEROZZI, *Istituzioni*, I, pag. 301.

²⁾ GAIO, 2, 243: « Cetera vero quae supra diximus ad legata propria pertinent, quamquam non immerito quibusdam placeat poenae nomine heredem institui non posse; nihil enim interest utrum legatum dare iubeatur heres si fecerit aliquid aut non fecerit, an coheres ei adiciatur, quia tam coheredis adiectione quam legati datione compellitur ut aliquid contra propositum suum faciat aut non faciat ».

heres esto': nihil enim intererat qua ratione Titius coerceatur, utrum legati datione an heredis adiectione ».

Per quanto non risulti con certezza dai testi se in tal caso l'erede acquisti, pendente condizione, l'intera hereditas¹⁾, Teofilo non dubita menomamente che questa adiectio coheredis sia una disposizione penale e ne dà anche la ragione dicendo che questa istituzione arreca danno all'erede, perchè può *togliergli la metà dell'hereditas*: (ἀφαιρείται γὰρ τὸ ἥμισυ τῆς κληρονομίας).

Ma allora perchè solo al principio dell'impero comincia a nascere il dubbio se questa adiectio coheredis debba o no essere colpita dal divieto e l'opinione affermativa di Sabino²⁾, trovava tuttora pochi seguaci (quibusdam placeat: Gaio 2, 243) perfino al tempo di Gaio? Qualunque possa essere la ragione giustificatrice del divieto, parmi che, se v'era un caso in cui si sarebbe dovuta favorire la estensione del divieto stesso, dovesse essere proprio questo. A prescindere da ogni altra considerazione, questa adiectio coheredis poteva spesso avere per effetto persino la caduta del testamento per rinunzia

¹⁾ L'ardua questione è diffusamente trattata da GOESCHEN, *Observationum Iuris Romani specimen*, III, pag. 97 segg. e noi non possiamo intrattenerci su di essa. Solo ci limitiamo ad osservare che la nostra opinione trova appoggio, oltre che nell'espressa testimonianza di TEOFILO riferita nel testo, - a) nell'affermazione di GAIUS 2, 243: « nihil enim interest utrum legatum dare inbeatur heres... an coheres ei adiciatur », perchè evidentemente, se l'erede pendente condizione acquistasse solo la metà dell'hereditas, fra l'uno e l'altro caso intercederebbe una profonda e sostanziale differenza, in quanto che il verificarsi della condizione avrebbe solo per effetto che l'erede non acquisterebbe l'altra parte dell'eredità, ma non perderebbe nulla di quanto ha acquistato, mentre invece tale perdita si verifica a suo danno, se deve dare il legato; b) nell'opinione di SABINO che l'adiectio coheredis costituiva una disposizione p. n., perchè, se l'acquisto dell'erede fosse stato limitato alla metà, questi non avrebbe risentito, verificandosi la condizione dell'adiectio, alcun pregiudizio avente carattere di pena, essendo fuori di dubbio che tale carattere fa difetto in caso di *mancato acquisto* (pag. 14 sgg.); c) nel fatto che i Romani non hanno considerato l'accrescimento come un acquisto ex novo rispetto all'erede a favore del quale esso ha luogo (WINDSCHEID, *Pandette*, § 603, n. 2 a). Ammettendo poi che sulla medesima cosa possano concorrere più diritti di proprietà spettanti ciascuno a persone diverse (FERRINI, *Pandette*, § 337, BONFANTE, *Istituzioni*⁴⁾, § 93) il principio dell'irrevocabilità del dominio non farebbe più nessuna difficoltà, perchè il verificarsi della condizione non avrebbe per effetto che l'erede perderebbe la parte di eredità acquistata, ma che il suo dominio sull'intera hereditas verrebbe ad essere limitato per il concorso dell'eguale diritto spettante al coerede.

²⁾ Trattasi indubbiamente di Massurio Sabino non già di Celio. Conf. GOESCHEN, op. cit., pag. 94, n. x.

tanto da parte dell'erede, quanto da parte del coerede, perchè evidentemente non sempre dovevano apparire decorose e gradite siffatte istituzioni.

Il tardo sorgere della disputa e l'essere tuttora al tempo di Gaio scarso il numero dei fautori dell'opinione affermativa diviene facilmente spiegabile, se si accetta la teoria professata dallo Scialoja e sostenuta ripetutamente con validi e poderosi argomenti dal Bonfante¹⁾ sull'origine della hereditas, la quale teoria anzi qui viene a trovare un nuovo e non disprezzabile argomento a suo favore. Finchè l'hereditas conservò schiettamente il carattere di successione nella sovranità familiare, l'antitesi tra l'istituzione di erede e il legato fu ben netta e precisa: costringere l'erede al pagamento di un legato poteva essere una pena, perchè questi veniva costretto a compiere un'erogazione patrimoniale; costringere l'erede a dividere la hereditas con un'altra persona non era una pena, perchè non ricade nel concetto di poena l'essere costretto a dividere con altri il potere sovrano sul gruppo agnatizio, potere questo che in origine costituiva l'essenza della successione ereditaria²⁾. A rendere più sicura la nostra ipotesi qui soccorre anche l'analogia con la tutela, la quale, e lo rileva acutamente il Bonfante³⁾ «serba una connessione intima con l'istituto dell'eredità e questa relazione si fa anch'essa più stretta e naturale via via che si risale indietro nel tempo». Come non era una pena sottoporre l'erede alla potestas di un tutore sgradito e molesto, così non era una pena limitare la sovranità familiare conferita all'erede: nell'uno e nell'altro caso faceva difetto la perdita patrimoniale che è requisito essenziale della poena.

Il prevalere dell'elemento patrimoniale nella successione testamentaria, verificatosi al cadere dell'epoca repubblicana e più intensamente in quella imperiale, doveva però alla fine permettere di

¹⁾ SCIALOJA, *Bullettino dell'Istituto di Dir. Rom.* III, p. 176; *Diritto Ereditario* (Lezioni anno 1904-1905 raccolte da G. Secchi e L. Biamonti), pag. 23 sgg.; BONFANTE, in numerosi scritti; ma specialmente *Bull. cit.* VIII, pag. 151 sgg.; *Filangieri*, 1905; *Istituzioni*⁴ §§ 183-193. Questa teoria è accolta anche dal FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario*, I, pagg. 1-32.

²⁾ L'acquisto del patrimonio è in origine così poco essenziale, che l'istituzione d'erede è validissima, anche se tale acquisto fa completamente difetto come avveniva frequentemente prima delle leggi limitatrici dei legati, GAIO, 2, 224, e come avviene anche in seguito in caso di hereditas damnosa.

³⁾ *Istituzioni*⁴ § 70.

ravvisare una poena anche nell'adiectio coheredis; e infatti così è avvenuto. L'opinione di Sabino è approvata da Gaio e da altri giureconsulti a lui contemporanei, i quali più non ravvisano la sostanziale differenza che v'era in antico tra la coazione esercitata sull'eredità, onerandolo di un legato e quella che su di lui si esercita dandogli un coerede; in diritto giustiniano poi ogni dubbio su questo punto è scomparso¹⁾.

Questa adiectio coheredis permette forse di riportare alle disposizioni p. n. anche il caso, ad essa analogo, in cui la medesima cosa sia stata per vindicationem legata a due persone, ma all'una puramente, all'altra sotto condizione potestativa da adempiersi dal primo legatario²⁾.

§ 5. L'ademptio e la translatio hereditatis, legati, fideicommissi, libertatis, delle quali ci resta a parlare, fanno sorgere altre non poche difficoltà ed incertezze.

Giustiniano, abolendo il divieto dei lasciti a titolo di pena (Cod. 6, 41), dice espressamente che per effetto di questa abolizione sarebbe stato d'ora innanzi permesso al testatore «... vel pecunias dari praecipere, vel aliam pecuniariam poenam inferre quibus voluerit, tam in adimendis hereditatibus vel legatis vel fideicommissis vel libertatibus, quam in praecipiendo ad alias personas ea transferri ab eo, cui relicta ab initio sunt, vel aliquid aliis ab eo dari, si minus dispositionibus suis heres vel legatarius vel libertate donatus paruerit». Nelle Istituzioni lo stesso Giustiniano torna a parlare ripetutamente di ademptio e di translatio p. n.³⁾ e finalmente da un fr. di Marciano,

¹⁾ TEOFILO, loc. cit.

²⁾ Anche in questo caso è controverso se il primo legatario pendente condizione acquisti l'intero legato o solo la parte (GOESCHEN, op. cit., pag. 97, n. a.; FERRINI, *Legati*, pag. 640). Ma a prescindere che il limitare il diritto del legatario alla parte urta in grandi difficoltà, i due casi sono assimilati da GIULIANO, Dig. 35. 1, 23 § 2: «Cum eadem res alteri pure, alteri sub condizione legatur, aut cum alter pure alter sub condizione heres scriptus est, pars legati vel hereditatis deficiente condizione adescit etiam heredi eius, cui pure legatum vel hereditas data est, si tamen hereditas eius adita fuerit».

³⁾ Ist. 2, 20 § 36: «Poenae quoque nomine inutiliter legabatur et adimebatur vel transferebatur» (queste parole scritte in corsivo mancano nel passo corrispondente di GAIO, 235 e sono state perciò aggiunte dai compilatori). «.... et generaliter ea quae relinquuntur, licet poenae nomine fuerint relicta vel adempta vel in alios translata, nihil distare a ceteris legatis constituimus vel in dando, vel in adimendo vel in transfereundo...».

già da noi esaminato, pag. 12, risulta implicitamente che la *translatio* può essere a titolo di pena. Non può dunque dubitarsi che l'*ademptio* e la *translatio* in qualche caso debbano essere annoverate tra le disposizioni p. n.

Ora considerando che con le disposizioni penali il testatore si propone d'infiggere un pregiudizio, e considerando altresì che l'*ademptio* e la *translatio* sono dirette appunto ad escludere che pervenga il beneficio a chi vi avrebbe diritto per legge o in forza di precedenti disposizioni testamentarie, sembra per certo che l'*ademptio* e la *translatio* abbiano carattere penale quando siano sottoposte a condizione potestativa da adempiersi dalle persone stesse, cui il beneficio è tolto. S'aggiunga che anche Teofilo (Paraphr. 2, 20 § 36) adduce dei casi di *ademptio* e di *translatio* sotto condizione potestativa dell'onerato come esempi di *ademptio* e di *translatio* p. n.

Ma d'altra parte è forza riconoscere che il testatore, diseredando i suoi, ordinando sostituzioni, revocando o attribuendo ad altri il beneficio sotto condizione da adempiersi dalle persone stesse diseredate, sostituite o i cui lasciti sono stati *adempti* o *translati*, non infligge a costoro alcun pregiudizio avente carattere di pena. L'*exheredatio* e la *substitutio sub condicione*, in tanto sono possibili, in quanto l'erede diseredato o sostituito non abbia già acquistato l'eredità¹⁾; l'*ademptio* e la *translatio sub condicione* hanno necessariamente per effetto di sospendere l'acquisto del lascito *adempto* o *translato*, anche se esso è puro²⁾. Tutte queste disposizioni adunque faranno sì che gli onorati, se non adempiranno la condizione loro imposta, non conseguiranno il beneficio; ma ciò non costituisce una poena (pag. 14 sgg.). A rimuovere ogni dubbio a questo riguardo può aggiungersi che durante l'epoca classica, non ostante il divieto dei lasciti p. n., fu sempre lecito al testatore ordinare diseredazioni e sostituzioni sotto condi-

¹⁾ È noto che il verificarsi della condizione non può far sì che chi è diventato erede, cessi di essere tale. WINDSCHEID, *Pand.* § 554, n. 18.

²⁾ GOESCHEN, op. cit., pag. 65 sgg.; FERRINI, *Legati*, pagg. 565, 584. Una figura speciale assume a nostro avviso, la *translatio* nei legati per *damnationem* quando un primo legato in pena dell'erede è trasferito sub condicione da un altro maggiore avente per oggetto una somma di danaro pag. 95 sgg.: nondimeno anche in questo caso, benchè il primo legato agli effetti della cessio diei si consideri come puro, resta però sempre sospeso pendente condicione il diritto del legatario a chiedere il legato stesso pag. 96, n. 1.

zione da adempiersi dagli eredi istituiti¹⁾, adimere e trasferire i lasciti sotto condizione potestativa imposta agli onorati²⁾.

Queste difficoltà, specialmente per quanto concerne l'ademptio e la translatio legati, non sono sfuggite nè al Goeschen, nè all'Huschke. Il primo ritenne che i bizantini siano caduti in errore parlando di ademptio legati p. n., perchè questa non può mai avere carattere di pena; quanto alla translatio egli notò che essa poteva essere scritta in poenam heredis, quando un lascito minore fosse stato trasferito in un altro maggiore sotto condizione da adempiersi dall'erede me-

¹⁾ Per la substitutio conf. p. es.: Dig. 35, 2, 27. Cod. 6, 25, 2; conf. anche Dig. 28, 5, 74; per la exhereditatio dei sui: Dig. 28, 7, 11; di estranei Dig. 35, 2, 27; 28, 5, 45 (su questa conf. PERNICE, *Labeo*, III, pag. 43). Arduo e alterato dai bizantini è il frammento di SCEVOLE Dig. 32, 41 § 8: «Eius heres vel legatarius rogatus est, ut quendam adoptet his verbis adiectis; 'si alias fecerit, exheres esto vel perdat legatum'. Quaesitum est, si non adoptaverit, an ei qui adoptatus non est actio quaedam ex fideicommissum competat. Respondit fideicommissum, quo quis rogatur ut adoptet, ratum non esse». La menzione del legato è stata qui aggiunta dai compilatori, se non fosse altro perchè è poco verosimile che al legatario s'imponga l'obbligo di adottare una data persona. L'espressa exhereditatio induce poi a ritenere che il testo parlasse di heres suus: quindi invece di 'eius heres' o di 'Seius heres' in principio del fr. leggerei 'suus heres'. Il testo non concerne direttamente la nostra questione, ma quella della validità o meno del fidecommissum di adozione, il quale in ogni caso non potrebbe, a mio avviso, ritenersi diretto ad ottenere coattivamente l'adozione (Conf. Ist. 1, II § 7, CUIACIO *in libros XC Dig. Salvii Iuliani sub leg. 11 Dig. de cond. inst.*, Opera omnia, ed. Prato, pag. 1022), ma gli eventuali vantaggi economici da essa derivanti. L'invalidità di tale fedecommissum potrebbe anche derivare da un'ademptio tacita del fedecommissum medesimo, in quanto che si potrebbe dire che, avendo il testatore disposto che, se l'erede non procede all'adozione dovrà perdere l'eredità, ha con ciò implicitamente escluso che il fedecommissario possa agire contro di lui. L'exhereditatio, come tale qui sarebbe poi nulla, perchè il suus, istituito puramente, non può essere diseredato sub condizione (Dig. 28, 2, 3 § 1; 37, 4, 18, conf. anche 28, 2, 21), nè credo potrebbe dedursi da questa exhereditatio che il testatore avesse voluto imporre all'erede l'obbligo della restituzione fedecommissaria dell'eredità agli eredi legittimi. Questa interpretazione della volontà del testatore, se può ammettersi in altri casi (conf. WINDSCHEID, *Pand.* § 554, n. 18, 19; FERRINI, *Pand.* pag. 186, n. 5), non può certo ammettersi di fronte all'exhereditatio: Dig. 28, 2, 19; e Cod. 6, 35, 4.

²⁾ Per la ademptio conf. Dig. 40, 7, 13 § 5; 33, 1, 21 § 3; 33, 2, 17 (su questa PERNICE, *Labeo*, III, pagg. 35 e 47; SCHIRMER, *Archiv für civ. Praxis*, vol. 84, pag. 38); C. I. L. 5, 5134. Per la translatio conf. Dig. 35, 1, 101 pr.; 73; 67; 34, 4, 3 § 4. È dubbio se la cautio di cui si fa parola in questi due ultimi testi sia la Muciana: sul primo conf. FERRINI, *Legati*, pag. 373; SCIALOJA, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, XI, pag. 277; sull'altro conf. PERNICE, *Labeo* 2^a 1, p. 236 e Dig. 28, 7, 4 § 1 (su questo fr. vedi SCIALOJA, *Bull.* 1. cit.); 31, 69 § 3; 67 § 5.

desimo e poteva essere anche in poenam legatarii in un caso speciale, quando cioè la stessa cosa fosse stata legata puramente per damnationem a uno e per vindicationem ad un altro sotto condizione potestativa del primo legatario¹⁾. L'Huschke invece espresse l'avviso che Giustiniano intendesse riferirsi ai casi in cui era stata lasciata un'eredità o fosse stato adempto o trasferito un lascito sotto condizione risolutiva²⁾.

La questione è certo ardua: che cosa dovremo pensare?

Cominciamo dalla ademptio e dalla translatio hereditatis, delle quali parla espressamente Giustiniano nella sua costituzione. L'ademptio hereditatis non può essere certamente l'exhereditatio, perchè noi l'abbiamo testè notato, l'exhereditatio sub condizione non può mai avere per effetto che l'erede perda l'eredità già acquistata. Potrebbe invece essere l'adiectio coheredis, come è stato rilevato dal Goeschen³⁾, dallo Schrader e dal Ferrini⁴⁾; ma sembrami più probabile che Giustiniano intendesse riferirsi alla restituzione di tutta o di parte dell'eredità a favore degli eredi legittimi. La restituzione fideicommissaria è in più luoghi delle fonti assimilata all'ademptio⁵⁾; inoltre la costituzione di Giustiniano è sotto il titolo (Cod. 6, 41): « De his quae poenae nomine in testamento vel codicillis relinquuntur » e una ademptio hereditatis nei codicilli non è possibile altro che nella forma di restituzione fideicommissaria dell'eredità⁶⁾.

La translatio hereditatis p. n. non è certamente la substitutio perchè il mancato acquisto dell'eredità non ha carattere di pena; ma una translatio hereditatis si ha in sostanza nella restituzione fideicommissaria dell'eredità disposta a favore di estranei. Sicchè crediamo che su questo punto la costituzione giustiniana sia ben lungi dal dire cosa erronea od inesatta, perchè, anche in base ai principî

¹⁾ GOESCHEN, *Observationum Iuris Romani specimen*, III, pag. 65 sgg., 82 sgg. STEINFELD, *Ueber den Grundsatz der benevolentia*, pag. 16, n. 1 va più oltre, perchè ritiene che anche quanto leggesi in Cod. 6, 41 e nel § 36 delle Ist. 2, 20 relativamente alla translatio p. n., derivi da errore di Giustiniano e dei compilatori.

²⁾ HUSCHKE, *Die Multa*, pag. 338 sgg.

³⁾ Op. cit. pag. 76, n. m.

⁴⁾ FERRINI, *Legati*, pag. 353, n. 1.

⁵⁾ Conf. p. e. Ist. 2, 25, 2; Cod. 6, 36, 2.

⁶⁾ Ist. 2, 25, 2; Cod. 6, 36, 2; 6, 35, 4. Dig. 28, 7, 27 § 1; Conf. anche 32, 37 § 2; 36, 1, 80 §§ 2, 3.

vigenti all'epoca classica, potevano effettivamente aversi casi di *ademptio* e di *translatio hereditatis p. n.*

Ma neppure erronea o inesatta è la costituzione giustiniana quando parla di *ademptio* e di *translatio* legati, fideicommissi, libertatis p. n., perchè ciò non va riferito, come sembra a prima vista, all'*ademptio* e alla *translatio* sotto condizione potestativa dell'onorato, ma va invece riferito all'*ademptio* e alla *translatio* sotto condizione potestativa dell'onerato.

Se un legato puro è *adempto* sotto condizione potestativa dell'erede, l'effetto di tale *ademptio* è che il legato si considera come sottoposto alla condizione inversa a quella dell'*ademptio* ¹⁾ e ciò può rendere poenae nomine il legato medesimo. Suppongasì che il testatore dopo aver legato 100 a Sempronio scriva: 'quod Sempronio legavi, si heres meus filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, non do non lego' avremo che il legato scritto a favore di Sempronio diverrà a titolo di pena, perchè sarà dovuto dall'erede solo se questi non dà in moglie la propria figliuola a Tizio. In questo caso si ha una vera e propria *ademptio p. n.*, scritta cioè per esercitare una coazione sull'erede, e a questa forma di *ademptio* si riferisce indubbiamente Giustiniano, tanto è vero che in questo modo è possibile persino una *ademptio libertatis p. n.*

Considerazioni analoghe valgono per la *translatio*. Prescindendo dal caso particolare in cui la stessa cosa è legata a due persone, all'una per *damnationem* e all'altra per *vindicationem* ²⁾, il Goeschen ravvisò giustamente una disposizione penale nella *translatio* di un legato minore in uno maggiore: le fonti ciò confermano largamente (pag. 29). Ma, oltre questo, si hanno due altri casi in cui la *translatio* assume esattamente il carattere di disposizione a titolo di pena. Infatti si ha pur sempre una *translatio*, sia quando « quod pure datum est, transfertur sub condicione », sia quando « ab eo qui dare iussus est

¹⁾ Conf. p. e. Dig. 40, 7, 13 § 5 e pag. 85, n. 2.

²⁾ Questo caso è a torto giudicato artificioso dall'HUSCHKE, op. cit. pag. 338, n. 128; esso infatti sembrami confermato, più che dal fr. di POMPONIO, Dig. 40, 4, 40 addotto dal GOESCHEN, dal fr. di GIULIANO, Dig. 30, 82 pr. «... ponamus rem, quae mihi pure legata sit, accipere me per *traditionem* die legati cedente ab eo herede a quo eadem sub condicione alii legata fuerit; nempe agam ex testamento, quia is status est eius, ut existente condicione discessurum sit a me dominium ».

transfertur, ut alius det »¹⁾). Nell'una e nell'altra ipotesi la translatio sarà a titolo di pena, se essa è sottoposta a condizione da adempersi dall'onerato. Quando il lascito puro è trasferito in un altro sub condizione da adempersi dall'onerato (quod a Seio Sempronio legavi, Seius, si filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, damnas esto dare), avremo che rispetto a questi la translatio assumerà il medesimo carattere che ha l'ademptio sotto condizione potestativa dell'onerato²⁾). Quando poi il lascito è trasferito sub condizione da un onerato all'altro, la translatio assumerà il carattere di disposizione penale rispetto a quello degli onerati, cui la condizione è imposta. Se è imposta al primo onerato, la translatio sarà p. n. rispetto a lui, perchè l'inadempimento della condizione impedirà il passaggio dell'onere dal primo al secondo onerato e perciò il lascito stesso sarà da lui dovuto. Così p. e. se il testatore, dopo aver onerato l'erede Tizio di un legato a favore di Sempronio, scriva: « quod Titium Sempronio dare damnavi, si Titius mihi monumentum fecerit, Seius dare damnas esto », Titio dovrà pagare il legato solo, se non costruirà il monumento. Se invece la condizione è imposta al secondo onerato, l'inadempimento della condizione avrà per effetto che la translatio opererà il trapasso dell'onere, il quale verrà perciò a gravare sul secondo onerato. Così nel caso sopraindicato se il testatore avesse scritto: « quod Titium Sempronio dare damnavi, Seius, si monumentum mihi non fecerit, dare damnas esto », Seio dovrà il legato, se non farà il monumento.

Le osservazioni, che siamo venuti facendo sulla costituzione giustiniana, ci permettono adunque di annoverare tra le disposizioni a titolo di pena non solo la adiectio coheredis e la restituzione fideicommissaria dell'eredità, ma anche l'ademptio e la translatio legati, fideicommissi, libertatis sotto condizione potestativa dell'onerato³⁾).

¹⁾ Dig. 34. 4. 6 pr.

²⁾ FERRINI, *Legati*, pag. 584.

³⁾ TEOFILO *Paraphr.* 2, 20 § 36 adducendo come esempi di translatio e di ademptio p. n., dei casi di ademptio e di translatio sotto condizione potestativa dell'onerato cade indubbiamente in errore (pag. 25, n. 2). Con tutta probabilità egli ha creduto, come osserva il GOESCHEN, o. c. pag. 78, n. 2, che l'ademptio e la translatio sotto condizione impossibile o illegale fossero nulle, perchè a titolo di pena e non già perchè la regola Sabiniana relativa a queste condizioni non trova applicazione all'ademptio e alla translatio (SCIALOJA, *Bullettino dell'Istituto di diritto*

§ 6. Con ciò abbiamo compiuto l'esame, che ci eravamo proposti di fare nel presente capitolo. Prima di lasciare questo argomento, sarà bene avvertire che le fonti sono ben lungi dal fornirci esempi di tutte le varie disposizioni p. n. Si hanno esempi di legati (oltre quelli citati da Gaio 2, 235 e da Giustiniano Ist. 2, 20 § 36; cfr. Dig. 35, 2, 1 § 8; 36, 2, 24 § 1; 45, 1, 115 § 2¹); di manumissioni (Dig. 40, 7, 13 pr.; 20 § 6. 2²); e di translatio di un lascito minore in uno maggiore in pena dell'oneroso (Dig. 35, 2, 1 § 8; 36, 2, 24 pr.; 19 pr. § 1; 33, 9, 1; 40, 4, 19; 40, 5, 34 § 2; 40, 7, 37; 40, 4, 9 pr.). Di adiectio coheredis e collegatari p. n. non abbiamo che un solo esempio: (Ist. 2, 20, 36 Dig. 30, 81 § 2). Delle altre disposizioni p. n. cioè fedecommissi singolari, restituzione fidecommissaria dell'eredità³, ademptio, translatio di un lascito puro in uno sub condizione e translatio a persona in personam, le fonti, per quanto a me risulta, non ci hanno tramandato nessun esempio.

romano, XIV, pag. 41 segg.). Si avverta che questa parte della Parafrasi è opera genuina di TEOFILO, perchè è diretta ad illustrare la riforma giustiniana relativa ai lasciti p. n.

¹) Sui fr. di PAOLO *ad Plautium*, Dig. 32, 3; 40, 4, 39, conf. pag. 42 sgg.

²) Sul fr. di POMONIO, Dig. 40, 7, 30, conf. pag. 42. Non sembra che abbiano carattere di disposizioni penali neppure i casi seguenti di fedecommissi di libertà. Dig. 40, 5, 9; 10 pr.; 12 pr.; 21; 24 §§ 7 e 8. •

³) È per lo meno assai dubbio che rientri tra i lasciti p. n. la restituzione fidecommissaria dell'eredità nel caso trattato da SCEVOLE, Dig. 36, 1, 80 §§ 2 e 3. Qui evidentemente scopo del testatore è che Suico consegna l'oncia a lui lasciata e il padrone è oneroso, non come erede, ma uti dominus, tanto che credo che egli non avrebbe neppure diritto di ritenere la quarta (conf. Dig. 30, 11 e su questa FERRINI, *Legati*, pag. 90, conf. anche Dig. 35, 1, 42). Trattasi pertanto di un caso specialissimo, in cui la restituzione dell'eredità non ha carattere di pena, in quanto che il dominus non viene a trovarsi in condizione diversa da quella di chi è oneroso dalla restituzione mediante fedecommissio singolare. Sostanzialmente diverso è il caso esaminato da AFRICANO, Dig. 34, 6, 1 (conf. pag. 12, n. 1).

II.

Origine e svolgimento storico dei legati a titolo di pena
e del divieto

- § 1. Il *legatum per damnationem* di una somma di danaro p. n. - § 2. Sua funzione originaria. - § 3. Il divieto e il suo significato giuridico. - § 4. Antichità del *legatum p. n.* - § 5. Antichità del divieto. - § 6. Influenza del successivo svolgimento del diritto ereditario sui lasciti p. n. e sul divieto. - § 7. La cessazione del divieto.

§ 1. L'idea di adoperare le disposizioni testamentarie a titolo di pena sorse dapprima rispetto ai legati¹⁾ e precisamente rispetto al legato per *damnationem* di una somma certa di danaro: Gaio (2, 235), Ulpiano (XXIV, 17) e Giustiniano (Ist. 2, 20 § 36; cfr. anche Cod. 6, 41: ... vel pecunias dare praecipere), trattando di lasciti p. n., adducono costantemente soltanto esempi di siffatti legati. La stessa forma appare nel vetustissimo legato della *penus* (si heres penum non derit, centum dato. Dig. 35, 2, 1, § 8; 36, 2, 24 § 1; 45, 1, 115 § 2). Non è certo dovuto a caso che qui s'incontri con tanta frequenza il legato per *damnationem* di una somma di danaro, perchè anche la pena convenzionale consiste ordinariamente in una prestazione pecuniaria²⁾. Inoltre questo obbligo di pagare una somma di danaro corrisponde esattamente al significato originario della parola *poena*³⁾, che troviamo adoperata ad indicare la prestazione, che forma oggetto della clausola penale (pag. 9, n. 4 e 5). È facile intendere che l'obbligo di pagare del danaro poteva imporsi all'erede mediante legato per *damnationem*, ma non mediante legato di proprietà, il quale del resto, come vedemmo (pag. 19), era così poco adatto ad assumere il carattere di pena per l'erede, che solo tardi, e forse non senza contrasti, dovette essere stato annoverato fra i lasciti p. n.

¹⁾ Può dedursi, oltre che da Gaio 2, 243, dal fatto che il legato di obbligazione è il lascito che più esattamente degli altri può assumere il carattere e la funzione di clausola penale, pag. 18.

²⁾ Dig. 4, 8, 11 § 2. BERTOLINI, *Pena convenzionale* in *Studi e Doc. di Storia e Diritto*, XV, pag. 92.

³⁾ Questa parola deriva etimologicamente da *τίνω*, che significa *pagare*, e nelle XII Tavole indica ordinariamente la composizione pecuniaria FERRINI, *Dir. penale Romano* (*Enciclopedia del Dir. penale Italiano*), pag. 143. Conf. anche GIRARD-LONGO, *Manuale di Diritto Romano*, pag. 409, n. 3.

§ 2. In origine il *legatum p. n.* ha adempiuto a una funzione storicamente assai importante. È noto che, attesi i rigorosi requisiti di forma e di sostanza in antico richiesti per i legati, la facoltà di legare spettante al testatore, soggiaceva a gravi limitazioni, specialmente per quanto riguardava ciò che poteva formare obbietto di legato ¹⁾).

Il *legatum p. n.* sorse appunto per superare queste angustie derivanti da idee e da principii che cominciavano oramai a tramontare: per molto tempo ciò che ancora non si sarebbe potuto legare direttamente, è stato legato indirettamente, ricorrendo all'espedito del legato penale. Ce ne dà una prova sicura il legato della *penus*, di cui troviamo fatta menzione presso i più antichi giureconsulti dell'età repubblicana: Sesto Elio Peto, P. Rutilio Rufo e Q. Mucio Scevola ²⁾. Si consideri che la *penus* è una quantità incerta, la quale non ha potuto essere legata direttamente altro che dopo l'introduzione dell'a. incerti ex testamento, il che è certamente avvenuto in tempi posteriori a quelli in cui vissero questi giureconsulti ³⁾. Occorre perciò necessariamente ammettere, e lo ha già avvertito il Cuq ⁴⁾, che quanto dicono costoro relativamente al legato della *penus*, si riferisca appunto alla forma di legato penale frequentemente discussa anche dai giureconsulti classici: « si heres penum non dederit, centum dato ». Questa originaria funzione del legato penale è poi autorevolmente confermata anche da Teofilo, il quale, nel brano della *Paraphrasi* (2, 20 § 36) da noi già riferito (pag. 8), racconta che i testatori solevan ricorrere al *legatum p. n.* per imporre agli eredi norme di condotta, che questi altrimenti avrebbero potuto impunemente non osservare.

Il *legatum p. n.* ha dunque adempiuto nel testamento all'identica funzione, cui negli atti tra vivi ha adempiuto la *stipulatio poenae*; e anzi, data la stretta analogia che sussiste tra *stipulatio* e il *legatum per damnationem* ⁵⁾, è ragionevole pensare che il *legatum p. n.*

¹⁾ FERRINI, *Legati*, pag. 3 segg. Conf. anche POMF. *ad Q. Mucium*, Dig. 50, 16, 120.

²⁾ Per le citazioni e i richiami conf. da ultimo CLERICI in *Archivio Giuridico*, vol. LXXIII, pag. 129 segg.

³⁾ KARLOWA, *Roem. Rechtsgesch.* II, pag. 918.

⁴⁾ *Les Institutions Juridiques des Romains*. I, pag. 542, n. I.

⁵⁾ L'una e l'altra sono frequentemente ravvicinate nelle fonti Dig. 45, 1, 23; 46, 3, 92 pr.; 30, 39 § 1; 46, 16, 3, 12 § 3. Conf. anche FERRINI, *Legati*, pag. 19.

sia sorto a simiglianza e per influenza della stipulatio poenae: lo stesso espediente, che fu adoperato per rendere obbligatoria per il debitore la prestazione di un incertum avanti l'introduzione della stipulatio incerta¹⁾, fu adoprato per obbligare l'erede alla prestazione di un incertum avanti l'introduzione dell'a. incerti ex testamento.

§ 3. Però non era sempre permesso al testatore far ricorso all'espediente del legato penale: v'era una grave limitazione, che non appare nella stipulatio poenae, perchè, mentre questa poteva essere adoprata per costringere il debitore non solo a una prestazione patrimoniale incerta, ma anche a fatti od omissioni che non arrecavano un vantaggio economico a una persona determinata, ciò (e ne daremo in seguito a pag. 40 sgg. un' esauriente dimostrazione) fu rigorosamente vietato rispetto al legatum p. n.

Questo divieto ebbe una sì grande importanza, che costituì indubbiamente uno dei principii fondamentali in materia di legati²⁾ e non a torto. Infatti a nostro avviso, il divieto rappresenterebbe il limite ultimo posto dall'antico diritto alla possibilità di obbligare l'erede alla prestazione di un incertum, ed esso starebbe a significare che il testatore può imporre all'erede obblighi di qualsiasi natura, purchè abbiano contenuto patrimoniale e siano scritti a favore di una persona determinata³⁾.

§ 4. Tutto ciò naturalmente risale a tempi remotissimi. L'antichità del legatum p. n. emerge chiaramente dal fatto, testè accertato, che il legato penale della penus dovette necessariamente essere noto al giureconsulto Sesto Elio Peto, che fu console nel 198 a. C. Nè questo è il solo indizio della sua antichità; un altro indizio, a mio avviso, è fornito dalle leggi Furia e Voconia. Si consideri che la prestazione condizionalmente imposta all'erede mediante legato penale costituisce una capio mortis causa,⁴⁾ la quale è assai vicina a un vero e proprio legato, perchè non solo è a carico dell'erede, ma, a differenza di tutte le altre m. c. capiones, è anche coattiva per lui. Ora a me sembra che le mortis causa capiones, delle quali parlano le

¹⁾ Da ultimo BERTOLINI, op. cit., pag. 102; GIRARD-LONGO, *Manuale di Dir. Romano*, pag. 673.

²⁾ Pag. 5.

³⁾ Su tutto ciò conf. pag. 40 sgg.

⁴⁾ Dig. 35, 2, 1 § 8.

leggi Furia (200? a. C.) e Voconia (169 a. C.) accanto ai legati¹⁾, dovettero essere proprio queste, che erano rese indirettamente obbligatorie per l'erede mediante legato penale, perchè rispetto ad esse dovevano evidentemente verificarsi, assai meglio che non rispetto a tutte le altre m. c. capiones, quei medesimi inconvenienti che si verificavano rispetto ai legati e che queste leggi si proponevano di rimuovere. Sicchè può ritenersi con sufficiente certezza che il *legatum p. n.* era già in uso a Roma 200 anni a. C.²⁾.

§ 5. A tempi da questi non lontani occorre risalire, se ci facciamo a ricercare l'origine del divieto³⁾. Giustiniano dice espressamente che esso deriva dall'antico diritto⁴⁾ e, se al tempo dei più antichi giureconsulti dell'epoca repubblicana era già in uso il legato penale, è lecito supporre che proprio costoro abbiano deciso (per quanto forse in termini un po' diversi da quelli che appaiono nell'epoca classica (pag. 70), che mediante legato p. n. potevasi imporre all'erede qualsiasi prestazione patrimoniale incerta, ma non fatti o astensioni, che non arrecano verun vantaggio economico a una persona determinata.

In ogni modo l'alta antichità del divieto risulta dagli esempi tipici di legati p. n., che Gaio (2, 235) adduce per illustrarlo e che poi concordemente ripetono Ulpiano (XXIV, 17) e Giustiniano (Ist. 2, 20 § 36): « si heres meus filiam suam Titio in matrimonium conlocaverit, X milia Seio dato. - Si filiam Titio in matrimonium non conlocaveris, X milia Titio dato ». Se ben si osserva, questi esempi mal

¹⁾ GAIO, 2, 225, 226.

²⁾ Per quanto concerne l'epoca del riconoscimento del *legatum per damnationem*, credo che sia d'ammettere, con l'opinione dominante, che esso, per quanto posteriore al *legatum per vindicationem*, (FADDA in *Studi per il VII centenario dell'Univ. di Bologna*, pag. 185), risalga a tempi assai antichi. L'opinione isolata del FERRINI, *Legati*, pag. 20, secondo cui tale legato sarebbe stato introdotto solo nel VII secolo di Roma, poggia indubbiamente su fragili argomenti.

³⁾ Nulla prova, per quanto concerne l'origine del divieto, la notizia che dà CAPITOLINO scrivendo la vita di Antonino Pio (*Scriptores Historiae Augustae. Antoninus* 8, 5) « ... primus constituit, ne poenae causa legatum relictum manderet », perchè, se questa frase si mette in relazione con quanto ivi precede, apparirà evidente che CAPITOLINO si riferisce ai legati p. n. lasciati al principe (Ist. 2, 20 § 36). In questo senso già GOESCHEN, o. c. pag. 59 nota h; FERRINI, *Legati*, pag. 352, esprime l'ipotesi che si tratti di una di quelle numerose costituzioni esplicative, di cui si parla nelle Istituzioni di Giustiniano (2, 20 § 36), o che si tratti di qualche costituzione di ANTONINO CARACALLA, Dig. 34, 6, 2.

⁴⁾ Cod. 6, 41: « Supervacuum observationem veterum legum... amputamus.... ».

s'accordano con i principii di diritto che ebbero vigore sin dall'inizio dell'impero. Già notammo che, per aversi un lascito a titolo di pena, occorre che l'adempimento della condizione, cui esso è sottoposto, dipenda dalla volontà dell'onerato. Qui dunque il collocare o non collocare in matrimonio la figlia con una data persona è necessariamente ritenuto come un fatto del tutto rimesso all'arbitrio paterno; mentre sotto l'impero della legge Giulia non è così¹⁾. Fra le molte specie, che Gaio dice potevansi addurre per illustrare il divieto²⁾, queste relative al matrimonio sono poi certamente le meno adatte. A nessun giureconsulto dell'epoca imperiale poteva venire in mente di illustrare un principio di diritto, del tutto indipendente dalla legge Giulia e Papia Poppea, come è appunto il divieto dei legati p. n.³⁾, ricorrendo alla condicio nubendi, la quale dava allora luogo a tante incertezze, a tante dispute⁴⁾. Finalmente queste disposizioni limitano la libertà delle nozze comminando una penalità ed essendo ciò nell'epoca classica reputato contrario al buon costume⁵⁾, di fronte a questi legati può persino nascere il dubbio che la nullità derivi, non dal divieto dei lasciti p. n., ma dall'immoralità della disposizione.

Evidentemente tutto ciò non può spiegarsi, ritenendo che qui Gaio abbia in modo poco felice scelto gli esempi, tanto più che questi, se mal si conciliano col diritto classico, s'accordano però assai bene con l'antico diritto. Finchè rimase inalterato l'originario potere del *paterfamilias*, la *filia* in potestate doveva necessariamente seguire la volontà

¹⁾ Conf. Dig. 23, 2, 19. GIRARD-LONGO, *Manuale*, pag. 186 e specialmente SCHUPFER, *La famiglia secondo il Diritto Romano*, I, pagg. 50-54.

²⁾ GAIO, 2, 235: «... denique ea ipsa definitione apparet multas similes species [angere] possumus».

³⁾ Risulta dal fatto che del divieto trattavasi diffusamente nei libri Sabiniani (conf. pag. 5, n. 1) nei quali, a giudizio del LENEL (*Patting.* II, pag. 1109, n. 1), non si è tenuto conto di queste leggi. Inoltre Marciano parla dei legati p. n. al libro VI delle sue Istituzioni (LENEL, *Patting. Marcianus* 110) e della legge Giulia e Papia Poppea ai libri X, XI, XII (LENEL, op. cit., 143 segg.).

⁴⁾ A giudizio dello stesso Gaio, l'obbligo di sposare una data persona, che appare imposto mediante il secondo di questi legati, è talora contrario alle disposizioni della legge Giulia e Papia Poppea. Dig. 35, 1, 63 § 1.

⁵⁾ Il principio della illecitezza della *stipulatio poenae* è ripetutamente affermato in relazione all'obbligo di contrarre un dato matrimonio Dig. 35, 1, 71, 1; 45, 1, 134 pr. Cod. 5, 4, 14 Scholia Sinait. 4 e 6 e alla libertà di divorziare Dig. 45, 1, 19. Cod. 8, 38, 2; 5, 4, 14. Scholia Sinait. 6, 7.

paterna anche per quanto riguardava le nozze: allora l'accettare o il respingere una richiesta di matrimonio era veramente un fatto dipendente soltanto dalla volontà del padre. Dubbi e incertezze sulla validità o meno della condicio nubendi non potevano sorgere prima della legge Giulia e Papia Poppea e finalmente, finchè l'infrazione degli sponsali fece nascere quell'antica *actio ex sponsu*, diretta all'id quod interfuerat eam uxorem accipi aut dari, di cui si fa parola in Varrone e nel libro *de dotibus* di Servio Sulpicio Rufo¹⁾, non poteva essere con'ario al buon costume imporre una *poena* per il caso che si contraesse o non si contraesse matrimonio con una data persona²⁾. Tutto ciò dimostra che questi esempi risalgono all'epoca repubblicana: Gaio non si avvede che essi non sono più adatti a chiarire il divieto, come non se ne avvedono nè Ulpiano nè Giustiniano, sol perchè trattasi di esempi tipici tradizionali, che già da secoli si ripetevano nelle scuole e negli scritti dei giureconsulti³⁾.

Ma se si ammette che gli esempi in questione furono addotti per illustrare il divieto in tempi in cui era ancora in uso l'*actio ex sponsu* per inadempimento degli sponsali, può dirsi anche che il divieto è certamente anteriore all'anno 90 a. C., perchè risulta che questa azione era del tutto caduta in desuetudine molto prima della legge Giulia de civitate⁴⁾. Così per altra via siamo ricondotti a tempi non lontani da quelli in cui visse il giureconsulto Sesto Elio Peto e fu introdotta

¹⁾ VARRONE, *De lingua latina*, VI, 69, 72; GELLIO, *Noctes Atticae*, 4, 4 (LENEL, *Palingenesia*. Servius 3). Su questa azione conf. il mio studio sul *Risarcimento del danno morale secondo il Diritto Romano* in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, XVI, pag. 245 segg.

²⁾ Evidentemente in tale ipotesi le parti non avrebbero fatto che determinare preventivamente quanto avrebbe dovuto pagare colui che non avesse adempiuto la sponsio, invece di lasciare ciò all'apprezzamento del giudice. Se poi era lecito obbligarsi a pagare una pena in caso di infrazione degli sponsali, a più forte ragione doveva essere lecito nel caso inverso, quando cioè si fosse contratto l'obbligo di non sposare una data persona.

³⁾ Considerazioni analoghe a quelle qui fatte per gli esempi dovremo poi fare per la definizione del *legatum p. n.* data da Gaio (pag. 50). Nè ciò fa meraviglia, perchè è nota la scarsa originalità delle Istituzioni di Gaio. Il FERRINI, *Digesto*, pag. 23 riteneva che i pregi di queste Istituzioni dipendano da un archetipo, che probabilmente riassumeva il corso tenuto in Roma nella statio Sabiniana e fissato in gran parte tanto nella sostanza che nella forma.

⁴⁾ Conf. il mio lavoro cit. in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, XVI, pag. 246.

la legge Furia testamentaria; e ciò avvalorava sempre più le nostre conclusioni.

§ 6. Il successivo svolgimento del diritto ereditario non fu senza influenza rispetto ai lasciti a titolo di pena.

Introdotta l'a. incerti ex testamento e poi il fedecommeso, non fu più necessario ricorrere all'espedito della pena per imporre agli onerati prestazioni patrimoniali incerte. Ciò nonostante le disposizioni p. n. rimasero ancora in uso, come vi è rimasta la stipulatio poenae non ostante l'introduzione della stipulatio incerta, assumendo, in modo analogo, la forma di disposizioni penali accessorie: « heres meus penum dato; si non dederit, centum dato » (Dig. 36, 2, 19 pr. § 1; 33, 9, 1; 36, 2, 24 pr.; 35, 2, 1 § 8) e di fronte a queste disposizioni sorsero allora le stesse ardue questioni, che si agitarono tra i giureconsulti romani rispetto alla doppia stipulatio poenae (pag. 86).

Anche il divieto dei lasciti p. n., si conservò tenacemente durante tutta l'epoca classica ed esso anzi determinò, nel periodo che corre dal cadere della repubblica al tempo degli Antonini, un notevole ampliamento dell'originario concetto di poena, prima rigorosamente ristretto al solo obbligo di pagare una somma di danaro. Non solo venne meno, come nella pena convenzionale¹⁾, il requisito (non certo privo di significato nell'antico diritto) della prestazione pecuniaria, e si ravvisò una poena nel dover dare cose diverse dal danaro, ma si riportò al concetto di pena la perdita della proprietà e in generale qualsiasi altra diminuzione venisse a verificarsi nel patrimonio dell'onere (pag. 14 sgg., 18 sgg.). Questo svolgimento del concetto di pena, che insieme con altre cause contribuì a rendere estremamente sottile la differenza tra disposizioni p. n. e disposizioni sotto condizione, può ricostruirsi nelle sue linee generali, specialmente tenendo presente quanto ci dice Gaio sull'estensione del divieto alle varie disposizioni testamentarie. Esso a poco a poco colpì la manumissio²⁾, il legato di proprietà (pag. 19), i fedecommessi³⁾ l'adiectio coheredis (pag. 20 sgg.) e l'adiectio collegatarii nel legato di pro-

¹⁾ Dig. 4, 8, 11 § 2. BERTOLINI, op. cit., pag. 92.

²⁾ GAIO, 2, 236; i dubbi, cui qui accenna Gaio, oltre che dal favor libertatis possono derivare dal fatto che faceva difficoltà ravvisare una poena nella perdita del dominio (conf. pag. 30).

³⁾ GAIO, 2, 288; prima dubitavasi perchè al fedecommeso non furono estesi d'un tratto i principii propri dei legati, GAIO, 2, 284-287.

prietà (pag. 23) l'ademptio e la translatio (pag. 23 sgg.) e assunse così il carattere di un principio generale in materia testamentaria.

E fu un divieto rigorosissimo: di fronte ad esso, come non era valso il favor libertatis, così neppure valsero le libere forme di testare consentite ai militari e i privilegi imperiali:

Ist. 2, 20 § 36: « Et in tantum haec regula observabatur, ut perquam pluribus principalibus constitutionibus significetur nec principem quidem agnoscere, quod ei poenae nomine legatum sit. Nec ex militis quidem testamento talia legata valebant, quamvis aliae militum voluntates in ordinandis testamentis valde observantur ».

Il diritto ultimo scalzò alla fine le basi del divieto. Di esso si fa ancora parola nell'epitome delle Regole di Ulpiano (XIV, 17, XXV, 13), compilato al principio del secolo IV; ma più non appare nei compendi delle Istituzioni di Gaio e delle Sentenze di Paolo contenuti nella lex Romana Wisigothorum; il che prova che in Occidente nel 506 era già caduto in desuetudine. In Oriente è espressamente abolito da Giustiniano nel 528 con la costituzione inserita nel Codice al titolo « de his quae p. n. in testamento vel codicillis relinquuntur » (Cod. 6, 41).

III.

Il divieto dei lasciti a titolo di pena.

1. — EFFETTI E LIMITI DEL DIVIETO.

§ 1. Effetti del divieto; l'ademptio e la translatio p. n. - § 2. I limiti del divieto secondo l'opinione dominante. - § 3. Quali, a nostro avviso, erano i limiti del divieto. - § 4. I limiti del divieto secondo le fonti genuine. - § 5. I limiti del divieto secondo i testi delle Pandette. - § 6. Che cosa può dedursi dalle fonti genuine e dalle Pandette, per quanto concerne i limiti del divieto. - § 7. Perché erano validi i lasciti p. n. diretti ad imporre l'obbligo della manumissione. - § 8. La validità dei lasciti p. n. diretti ad imporre fatti o astensioni che arrecano un utile patrimoniale. - § 9. Come la validità di questi lasciti possa conciliarsi con quanto risulta dalle fonti genuine.

§ 1. Come abbiamo già più volte avuto occasione di dire, nel diritto anteriore a Giustiniano non era sempre permesso al testatore far ricorso alle disposizioni p. n.; ciò talora era vietato. Le disposizioni colpite dal divieto erano nulle ipso iure¹⁾: nullo era il legato e

¹⁾ Cod. 6, 41 ... nullum valere dicendo etc. Dig. 34, 6, 1; confr. anché i testi citati alla nota seguente.

il fedecommesso, nulla era la *manumissio*, l'*adiectio coheredis*¹⁾ e naturalmente nulla era anche la *translatio*, se un lascito minore era trasferito in uno maggiore; o se era trasferito l'onere da uno ad altro gravato; su tutto ciò non può cadere alcun dubbio. Ma che dovrà dirsi quando il testatore raggiunge lo scopo di esercitare una coazione sull'onerato esonerandolo sub condizione da un onore a lui imposto, come avviene appunto sia quando l'*ademptio* è p. n., sia nei rimanenti casi di *translatio* a titolo di pena (pag. 27 sgg.)? L'*ademptio* e la *translatio* in tale ipotesi produrranno, in forza del divieto, il loro effetto revocatorio come se fossero pure e l'onerato nulla dovrà; o non piuttosto sarà nulla l'*ademptio* e la *translatio* e perdurerà incondizionato l'onere *adempto* o *translato*?

Argomentando dal principio che il lascito *adempto* o trasferito sub condizione si considera come dato sotto la condizione inversa a quella apposta all'*ademptio* o alla *translatio* pag. 85 n. 2, sembrerebbe che il divieto dei lasciti p. n. dovesse qui produrre la liberazione dell'onerato e che dovesse perciò essere valida l'*ademptio* e la *translatio*. Invece, per quanto concerne l'*ademptio*, le fonti concordemente attestano che essa è nulla:

Cod. 6, 41: «*Supervacuum observationem veterum legum, per quam voluntates defunctorum ad effectum duci impediabantur, amputamus praecipientes nullum valere, dicendo poenae nomine quaedam esse relicta vel adempta in supremis testantium voluntatibus, ea infirmare, sed licere testanti... vel pecunias dari praecipere vel aliam pecuniariam poenam inferre... tam in adimendis hereditatibus vel legatis vel fideicommissis vel libertatibus, quam in praecipiendo ad alias personas ea transferri ab eo, cui relicta ab initio sunt...*»

Ist. 2, 20 § 36: «*Poenae quoque inutiliter legabatur et adimebatur vel transferebatur... At huiusmodi scrupolositas nobis non placuit et generaliter ea quae relinquuntur, licet poenae nomine fuerint relicta vel adempta vel in alios translata, nihil distare a ceteris legatis constituimus vel in dando vel in adimendo vel in transfere...*».

Con ciò concorda anche il principio che troviamo espresso nel seguente fr. di Fiorentino.

¹⁾ GAIO 2, 235, 237, 243, 288. ULP. 24, 17. 25, 13. GIUST. Ist. 2, 20 § 36. Cod. 6, 41.

Dig. 34, 4, 14 § 1: « Florentinus libro I Institutionum: Quibus ex causis datio legati inefficax habetur, ex eisdem causis ademptio inefficax habetur: veluti si viam pro parte adimas aut pro parte liberum esse vetes ».

Come l'ademptio p. n. non produce l'effetto revocatorio, così nei casi in esame non può produrlo la translatio; e infatti le fonti testè citate (conf. anche Dig. 34, 6, 2) dichiarano invalida tanto l'ademptio che la translatio senza rispetto a questa accennare ad eccezioni o fare alcuna riserva, sicchè convenien credere che anche essa in questi casi fosse nulla.

Abbiamo dunque che il divieto rende sempre nulla la disposizione p. n., indipendentemente dal vantaggio o dal pregiudizio che da tale annullamento può derivare all'onerato o all'onorato.

§ 2. Dobbiamo ora ricercare quale era il criterio che nell'epoca classica si seguiva per decidere se una disposizione dovesse o no essere colpita dal divieto.

È questa una indagine, che è stata finora completamente trascurata, perchè, movendo dal presupposto che la ragione della nullità dei lasciti p. n. sia da ricercare nel fatto che l'intenzione di punire, dalla quale appare animato il testatore scrivendo tali lasciti, ripugni allo spirito di benevolenza proprio delle disposizioni testamentarie, è sembrato addirittura evidente che tutte le disposizioni p. n. dovessero essere, almeno per regola nulle; solo si sarebbe fatta eccezione per quelle, rispetto alle quali risultava che il testatore le avesse scritte non al solo scopo di punire l'onerato, ma principalmente per affetto o benevolenza verso l'onorato, come avviene appunto nei casi in cui la disposizione penale sostituisce o rafforza l'obbligo di compiere una data prestazione a favore della persona stessa, cui sarebbe dovuta la pena. In questo senso sono stati talora interpretati i testi delle Pandette, dai quali risulta valido il legato penale della *penus*¹⁾.

Ma, a nostro avviso, quella ora indicata non è la ragione giustificatrice del divieto, e non possiamo perciò accogliere il criterio, che se ne

¹⁾ MAJANSIUS, *Disputationes*. Disp. XLII. § 2. GOESCHEN, o. c. pag. 52 nota e. Altri autori hanno sostenuto che il legato della *penus* non aveva carattere penale. GOESCHEN, l. c. STEINFELD, *Ueber den Grundsatz der benevolentia*, p. 14, il che contrasta apertamente con quanto risulta dalle fonti rispetto a questo legato (pag. 45 n. 1).

vorrebbe dedurre per decidere se una disposizione fosse o no valida. Senza indugiarcì ad esporre ora le ragioni che impediscono di accogliere tale teoria, perchè ciò sarà fatto diffusamente nel capitolo che segue, qui ci limiteremo solo a notare che dalle fonti risulta in modo non dubbio che l'intenzione del testatore è ben lungi dall'esercitare una così decisiva influenza in relazione alla validità e alla nullità dei lasciti p. n.

§ 3. Escluso pertanto che il criterio in questione sia da ricercare nella volontà del testatore, può a nostro avviso ritenersi con sufficiente certezza che i lasciti p. n. erano nulli o validi secondo la natura dell'obbligo imposto mediante i lasciti stessi all'onere: se trattavasi di obblighi, che arrecavano un'utilità patrimoniale a una persona determinata, o se trattavasi della manumissione degli schiavi, la disposizione p. n. era valida; se trattavasi invece di obblighi, i quali non erano atti ad arrecare un vantaggio economico a una data persona, la disposizione era colpita dal divieto.

Attesa la scarsezza e l'incertezza delle fonti relative alla nostra materia, per accertare ciò occorre un'indagine lunga, minuziosa e paziente, la quale poi, convien confessarlo, non vale sempre a rimuovere in modo assoluto ogni dubbio sulle varie questioni che sorgono a questo riguardo. Nondimeno noi non possiamo esimerci dal compiere questa indagine, perchè evidentemente sarebbe inutile tentare di risolvere l'arduo e dibattuto problema relativo al fondamento giuridico del divieto, senza aver prima accertato, quanto meglio è possibile, entro quali limiti esso trovasse applicazione.

Le fonti, che debbono essere tenute presenti per rintracciare questi limiti, consistono nelle notizie elementari e succinte sul divieto date da Gaio, Ulpiano, Giustiniano e Teofilo, che già più volte abbiamo ricordato, e in alcuni testi delle Pandette. Le notizie, che ci forniscono Gaio, Ulpiano, Giustiniano e Teofilo, riproducono senza alterazioni il diritto classico; noi quindi dobbiamo basarci principalmente su di esse. Di fronte ai testi delle Pandette occorre necessariamente essere cauti e diffidenti, perchè, essendo stato nel diritto ultimo abolito il divieto, almeno per regola, quanto ad esso riferivasi o non è stato accolto nella compilazione o è stato interpolato.

§ 4. Chi si faccia ad esaminare senza preconetti le fonti genuine relative alla nostra materia, non può non rilevare una cosa che si

presenta di per sè abbastanza notevole e cioè che le fonti stesse si riferiscono sempre costantemente ed esclusivamente, per quanto concerne il divieto, ai lasciti che servono a costringere l'onerato a compiere o a non compiere un dato fatto. Di coazione a fare o a non fare si parla nella definizione tradizionale dei legati p. n. colpiti dal divieto:

« Poenae nomine inutiliter legatur. Poenae autem nomine legari videtur quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid FACIAT aut non FACIAT ». Gaio 2, 235; Ulp. XXIV, 17; Giust. Ist. 2, 20 § 36.

Di coazione a fare e a non fare parla sempre Gaio trattando dell'estensione del divieto ad altre disposizioni:

« De tutore vero nihil possumus quaerere, quia non potest datione tutoris heres compelli quicquam FACERE aut non FACERE » Gaio 2, 237.

« ... nihil enim interest utrum legatum dare iubeatur heres, si FECERIT aliquid aut non FECERIT, an coheres ei adiciatur, quia tam coheredis adiectione quam legati datione compellitur, ut aliquid contra propositum suum FACIAT aut non FACIAT » Gaio 2, 243.

Similmente Teofilo, anche là dove completa le notizie date dalle Istituzioni giustiniane a proposito del divieto, parla sempre esclusivamente di norme di condotta imposte all'erede e di coazione a fare o a non fare:

Paraphr. 2, 20, § 36: « Ἐπειδὴ γὰρ πολλοὶ τελευτῶντες προσέτιτον ΓΙΝΕΣΘΑΙ τινα παρὰ τῶν κληρονόμων καὶ βίου αὐτοῖς ὑπέγραφον τρόπον τινά, καθ' ὃν ἔδει αὐτοὶ πολιτεύεσθαι ἐπενόησαν χρηματικὴν ποινὴν, ἧς δέει ἡναγκάζετο ὁ κληρονόμος ΠΑΞΕΑΙ τι καὶ παρὰ σκοπόν ».

Finalmente i noti esempi, che costoro adducono per illustrare il divieto, concernono tutti costantemente fatti ed astensioni e, benchè essi in parte siano stati già altrove riferiti, sarà bene qui ripeterli, perchè siano meglio tenuti presenti:

« Si heres filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, X milia Seio dato - si filiam Titio in matrimonium non collocaveris, X milia Titio dato » (Gaio 2, 235. Ulp. XXIV, 17. Giust. Ist. 2, 20, § 36) - « si heredem, si verbi gratia monumentum sibi non fecerit, X milia Titio dare tusserit, poenae nomine legatum est. . » (Gaio cit.) - « heres meus, si servum Stichum alienaverit (vel ex 'diverso si non alieneverit'),

Titio X aureos dato - Titius heres esto. Si Titius filiam suam Seio in matrimonium collocaverit, Seius quoque heres esto » (Giust. Ist. cit.) - « δίδωμι καὶ ληγατεύω Τίτιφ ἑκατὸν νομίσματα, εἰάν ἀνέλθῃ εἰς τὸν οὐρανόν, εἰάν δὲ μὴ ἀνέλθῃ εἰς τὸν οὐρανόν, ληγατεύω αὐτὰ Πρίμφ - ληγατεύω Τίτιφ ἑκατὸν νομίσματ, αἰᾶν μοιχεύσῃ τὴν τοῦδε γαμετὴν, εἰάν δὲ μὴ μοιχεύσῃ, ληγατεύω αὐτὰ Πρίμφ - ληγατεύω Τίτιφ ἑκατὸν νομίσματα εἴγε τυπτήσῃ τὴν ἰδίαν μητέρα, εἰ δὲ μὴ τυπτήσῃ ὁ Τίτιος τὴν ἰδίαν μητέρα, δίδωμι τὰ ἑκατὸν νομίσματα Πρίμφ ». (Teofilo, *Paraphr.* 2, 20, § 36).

È evidente che le disposizioni p. n. possono, al pari della pena convenzionale, servire a costringere non solo a fare o a non fare, ma anche a dare qualche cosa; e perciò, se Gaio, Ulpiano, Giustiniano e Teofilo, trattando del divieto, si riferiscono costantemente soltanto ai lasciti diretti ad imporre l'obbligo di fare e di non fare, è lecito da ciò dedurre che sono nulle le disposizioni p. n., solo quando hanno per iscopo di costringere l'onereato a compiere o a non compiere un dato fatto.

§ 5. Nelle Pandette s'incontrano parecchi testi, che si riferiscono a lasciti sotto condizione potestativa da adempirsi dall'onereato; però non tutti concernono la nostra materia o sono tali che se ne possano trarre conclusioni sicure sulla validità o nullità dei lasciti p. n.

Non riguardano la nostra materia i due fr. seguenti:

Dig. 40, 7, 30 Pomponius, libro VII *ex variis lectionibus*: « Si ita liber iussus sit: 'Stichus, si eum heres non alienaverit, liber est', etiamsi statuliber est, alienari tamen poterit ».

Dig. 40, 4, 39. Paulus libro XVI *ad Plautium*: « 'Stichus servus meus, si heres eum alienaverit, liber esto'. Inutiliter libertas datur, quia in id tempus confertur quo alienus futurus sit. Nec contrarium est quod statuliber, etiamsi venierit, ex testamento libertatem consequitur: quippe utiliter libertas data facto heredis non peremittitur. Aut quid in legato eo modo dato ¹⁾ dicemus? Diversum nulla ratione dicetur: nam inter libertatem et legatum, quantum ad hanc causam, nihil distat. Igitur nec sic recte dabitur libertas: 'si heredis mei esse desierit, liber esto', quia nullum casum utilem habet ».

Abbiamo veduto, parlando dei requisiti essenziali delle disposizioni p. n. pag. 12, che i lasciti sotto condizione potestativa da adem-

¹⁾ Il testo originario si riferiva al legatum per vindicationem, come avverte l'anonimo *Bas.* (HEIMBACH) 48, 3, 39 scolio 1.

piersi dall'onere assumono carattere penale, solo quando siano stati scritti dal testatore per costringere l'onereato medesimo all'adempimento della condizione. Nei testi or ora riferiti manca completamente qualsiasi prova o indizio dell'esistenza o dell'inesistenza di tale intenzione da parte del testatore, per modo che la manumissione e il legato, di cui si parla in questi fr., potrebbero di per sè indifferentemente considerarsi come penali ovvero sotto condizione. Però, se si considerano come penali, sarebbe inesplicabile la validità della manumissio, la quale, per quanto in modo non del tutto sicuro, risulta implicitamente dal primo testo e sarebbe altresì superflua la lunga discussione, che si fa nell'altro, per decidere se sia valida la manumissio e il legato di proprietà sotto una condizione, che si dovrebbe avverare, quando il servo manomesso o legato non è più nel dominio dell'erede. Infatti in tale ipotesi queste disposizioni costituirebbero dei lasciti p. n., i quali sarebbero indubbiamente nulli, perchè colpiti dal divieto: essi servirebbero appunto a costringere l'erede a compiere o non a compiere un dato fatto; ed anzi, poichè risulta che tanto alla manumissio che al legato di proprietà fu esteso il divieto (pag. 19), sarebbero in tutto simili a due esempi di lasciti p. n. invalidi addotti da Giustiniano: « heres meus, si servum Stichum alienaverit (vel ex diverso 'si non alienaverit'), Titio x aureos dato » *Ist.* 2, 20, § 36). — Riportando invece questi lasciti alle disposizioni condizionali, tale difficoltà scompare e i testi stessi appaiono e sono in realtà in pieno accordo con i principii di diritto in vigore nell'epoca classica¹). Deve perciò ritenersi che questi testi si riferissero alle disposizioni sotto condizione potestativa da adempirsi dall'onereato, e non già a quelle a titolo di pena; ecco perchè i compilatori li hanno potuti accogliere nelle Pandette, senza che fosse necessario introdurvi sostanziali mutazioni.

Queste stesse considerazioni potrebbero valere anche per il fr. seguente:

Dig. 31, 3, Paulus, lib. IV *ad Plautium*: « Si ita legetur 'heres

¹) Il primo fr. di POMPONIO, *Dig.* 40, 7, 30 tendeva a mettere in luce che in questo caso speciale la vendita dello statulibero, compiuta dall'erede, gl'impediva di conseguire la libertà, mentre per regola ciò non si verificava (*ULP. Reg.* 2, 3, *Dig.* 40, 4, 39. *Cod.* 7, 2, 13. *Dig.* 40, 7, 25; confr. anche 40, 7, 13). Sull'altro fr. di PAOLO *ad Plautium* confr. *Bas. cit.* 48, 3, 39.

dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit ' utile legatum est, quamvis in potestate eius sit ascendere vel non ascendere ».

Anche la validità di questo legato nell'epoca classica sarebbe inesplicabile, se si trattasse effettivamente di un lascito p. n., o se il testo fosse genuino, perchè qui non avremmo che una delle tante specie, che Gaio (2, 235) dice potevansi fingere in base alla sua definizione relativa al legato p. n. colpito dal divieto; e infatti anche questo fr. è stato comunemente inteso, per metterlo in armonia col diritto classico, nel senso che il legato, di cui qui si fa parola, sia sub condicione, ma non già a titolo di pena¹⁾.

Ciò per vero non è insostenibile; anzi, specialmente attribuendo a Plauzio la parte del fr. accolta nelle Pandette, potrebbe dirsi che si dubitava della validità di tale legato, perchè, essendo esso subordinato a una condizione potestativa-negativa, imposta all'erede, senza che fosse espresso un termine entro cui essa si sarebbe dovuta adempiere, il legato medesimo poteva sembrare dovuto post mortem heredis (arg. Ist. 3, 15 § 4). Però qui si afferma che non osta alla validità del legato proprio una delle ragioni che, secondo Teofilo (*Paraphr* 2, 20, § 36 conf. pag. 52) giustificherebbero il divieto dei lasciti p. n. Non sarebbe perciò neppure assurdo pensare, per quanto manchino indizi formali di interpolazione, che questo testo sia stato adattato dai compilatori al diritto nuovo. Forse nell'opera originaria si diceva che il legato era invalido, perchè veniva rimesso in potestà dell'erede il darlo o non darlo; i compilatori lo avrebbero invece dichiarato valido, mettendo in rilievo (ed era effettivamente così in diritto bizantino), che questa ragione, la quale avrebbe nell'epoca classica reso invalido il legato, non ostava più alla sua validità.

In breve questi tre fr. debbono essere messi da parte, perchè nulla di sicuro può dedursi da essi per quanto concerne la nostra materia.

Prescindendo pertanto da questi testi, non restano per accertare entro quali limiti trovasse applicazione il divieto che:

1° il gruppo di fr.: Dig. 45, 1, 115, § 2; 36, 2, 24 pr. § 1; 35, 2,

¹⁾ VANGEROW, *Pand.* § 432; FERRINI, *Legati*, pag. 352, n. 1; STEINFELD, op. cit. pag. 14; F. LONGO in *Studi in onore di C. Fadda*, vol. VI, pag. 175, n. 1. Sulle varie questioni, che più o meno direttamente si riconnettono a questo testo, confr. WINDSCHEID, *Pand.* § 93, n. 5.

1, § 8; 36, 2, 19 pr. § 1; 33, 9, 1 dai quali risulta valido il legato della penus sia nella forma: « si heres penum non dederit, centum dato », sia nella forma: « heres meus penum dato, si non dederit, centum dato »;

2° due testi Dig.: 40, 7, 20, § 6; 40, 7, 13 che dimostrano valida la manumissio directa nella forma seguente: « Stichus, si heres eum non manumiserit, liber esto »¹⁾;

3° un fr. di Giuliano, Dig.: 30, 81, § 2 dal quale sembra risulti valida la disposizione seguente: « Stichum Sempronio do lego; si Sempronius Stichum intra annum non manumiserit, eundem Stichum Titio do lego.

Questi fr. saranno tutti esaminati in seguito (cap. IV, 1, 2); qui perciò possiamo limitarci a notare che l'ultimo, non solo è stato interpolato, ma è così arduo e oscuro che non permette di ravvisare con certezza quale fosse la decisione originaria contenuta nel testo, per quanto possa escludersi che Giuliano dichiarasse invalida l'adiecto collegatarii. Gli altri fr. sono indubbiamente assai più sicuri e autorevoli. Il legato della penus nelle forme testè indicate è certamente una disposizione a titolo di pena²⁾ e, per quanto con minor certezza, può ritenersi anche a titolo di pena la manumissio directa sotto la condizione: « si heres servum non manumiserit », perchè questa, per quanto concerne la nostra materia, è una disposizione analoga alla precedente. È certo che parecchi di questi fr. sono stati interpolati; ma non meno certo è che l'interpolazione è del tutto indipendente dal divieto, perchè in caso contrario non sarebbero potute sorgere le questioni, che in essi appaiono discusse e risolte.

Ciò premesso abbiamo che dalla validità del legato penale delle penus può dedursi che non fossero colpiti dal divieto i lasciti p. n. diretti a costringere l'onere a dare qualche cosa e, stando a quanto risulta dagli altri fr., conviene altresì credere che esso non trovasse

¹⁾ Disposizioni analoghe s'incontrano anche nei testi seguenti; Dig. 40, 4, 15; 19; 40, 5, 34, § 2; 40, 7, 37; 40, 4, 9 pr. sui quali confr. però cap. IV, 2.

²⁾ Non solo coincide esattamente con la pena convenzionale diretta a costringere il debitore a dare qualche cosa (« si Pamphilum non dederis, centum dare spondes; Pamphilum dare spondes? Si non dederis, centum dare spondes? »), ma il carattere penale di questo legato risulta direttamente sia dal punto di vista storico (pag. 31), sia dalle questioni, alle quali esso ha dato luogo pag. 86.

neppure applicazione di fronte ai lasciti diretti ad imporre l'obbligo di manomettere il servo.

§ 6. Ed ora, se si pone a confronto quanto risulta dalle fonti genuine sul divieto con ciò che risulta dalle Pandette, abbiamo innanzi tutto che le prime dimostrano nulli i lasciti p. n. imposti all'onerato per costringerlo a fare o a non fare: le altre dimostrano validi i lasciti p. n. mediante i quali s'impone l'obbligo di dare qualche cosa; su questo punto i risultati, ai quali siamo giunti esaminando i testi delle Pandette, concordano e completano quelli tratti dalle fonti genuine e permettono di affermare con certezza che il criterio fondamentale, che decide della validità e della nullità delle disposizioni a titolo di pena, deve ricercarsi nella natura dell'obbligo imposto mediante le disposizioni stesse e cioè che le disposizioni p. n. sono nulle o valide, secondo che servono a costringere l'onerato a dare qualche cosa ovvero a compiere o non a compiere un dato fatto.

Però dalle Pandette risulta anche la validità dei lasciti, mercè i quali veniva imposto all'onerato l'obbligo di manomettere il servo e, poichè la manumissio costituisce indubbiamente un fatto, occorre dire che il criterio or ora indicato non è assoluto, potendosi avere dei lasciti p. n. non colpiti dal divieto, benchè fossero scritti per costringere l'onerato a compiere un fatto.

§ 7. Questo è quanto può direttamente dedursi dalle fonti; ma noi non possiamo arrestarci qui, perchè, accertata la validità dei lasciti p. n. diretti ad imporre l'obbligo della manumissione, conviene ricercare anche se questo era il solo caso, in cui eran validi i lasciti p. n. mediante i quali veniva imposto di fare qualche cosa, o se invece ciò si verificava in altri casi e, in tale ipotesi, quali essi erano.

Cominciamo dal renderci conto della ragione per cui questi lasciti sfuggivano al divieto.

Trattandosi di disposizioni, con le quali l'onerato veniva costretto a manomettere il servo, può pensarsi che la loro validità costituisse un'eccezione, dovuta esclusivamente al favor libertatis. Nondimeno parmi difficile ammettere ciò, dal momento che il divieto colpì la manumissio p. n. (Gaio, 2, 236; Giust. Ist. 2, 20, § 36): come il favor libertatis non potè impedire che il divieto a questa fosse esteso, così a più forte ragione non avrebbe potuto impedire che esso trovasse

applicazione di fronte all'obbligo di manomettere, imposto per via indiretta mediante disposizione penale.

A nostro avviso, è assai più verosimile ravvisare nella validità di queste disposizioni una conseguenza delle stesse idee che portano a dare giuridico riconoscimento al fidecommesso di libertà. Si consideri che mediante tali lasciti p. n. il testatore raggiunge, almeno in parte, gli stessi scopi che possono raggiungersi lasciando la libertà fidecommissaria e specialmente ottiene che l'erede, adempiendo l'obbligo della manumissione, conservi i diritti di patronato sullo schiavo, mentre ciò non sarebbe possibile ricorrendo alla manumissio directa (Gaio, 2, 266, 267). Che il testatore raggiunga questi scopi è certamente in armonia con l'ordinamento giuridico romano; se così non fosse, non si spiegherebbe perchè fu accordata giuridica protezione al fedecommesso di libertà. D'altro canto neppure poteva fare ostacolo che questi scopi, leciti e conformi all'ordinamento giuridico, fossero raggiunti ricorrendo alle disposizioni p. n., perchè lo stesso ostacolo avrebbe dovuto necessariamente impedire la validità dei lasciti p. n. diretti ad imporre l'obbligo di dare. Certo è in ogni modo che, almeno nell'epoca imperiale, il dover dare e il dover manomettere si presentano come due obblighi giuridicamente eguali di fronte ai lasciti p. n.: nell'uno o nell'altro caso il testatore impone per via indiretta mediante clausola penale obblighi, che potrebbe anche imporre direttamente mediante legato o fedecommesso. Questa eguaglianza giuridica parmi spieghi in modo abbastanza plausibile l'eguale trattamento fatto all'uno e all'altro in relazione al divieto.

§ 8. Ma, se questa è la causa della validità di tali disposizioni, bisogna ammettere anche che fossero validi i lasciti penali diretti ad imporre tutti gli altri fatti e tutte le altre astensioni, che, al pari dell'obbligo della manumissione, furono riconosciuti capaci di formare oggetto di un fedecommesso; vale a dire tutti i fatti e tutte le astensioni che procurano un'utilità patrimoniale a una persona determinata. E, questo appunto crediamo debba ritenersi non solo perchè rispetto a tali fatti e a tali astensioni potrebbe ripetersi quanto abbiamo testè osservato rispetto all'obbligo della manumissione, ma anche perchè concorrono altre ragioni, le quali sembrano abbastanza gravi e convincenti.

Dal punto di vista economico e da quello giuridico non è pos-

sibile ravvisare una sostanziale differenza tra il dover dare qualche cosa e il dover compiere o il doversi astenere dal compiere un fatto, procacciando così un'utilità patrimoniale a una persona determinata. I fatti o le astensioni, rispetto a cui sussiste il divieto, sono indicati da Teofilo con la frase: « βίου αὐτοῖς ὑπέγραψον τρόπον τινὰ καθ' ὃν ἔδει αὐτοὶ πολιτεύεσθαι » (*Paraphr.* 2, 20 § 36: « vitae instituendae rationem quandam praescriberent, quam servare deberent » Ferrini), la quale frase evidentemente si attaglia assai meglio ai fatti e alle astensioni, da cui non deriva nessun vantaggio economico ad alcuna persona, che non agli altri fatti o alle altre astensioni, che arrecano vantaggi patrimoniali. Lo stesso, e con miglior fondamento, deve ripetersi per quanto riguarda la libertà, che egli attesta avevan gli eredi di infrangere impunemente questi ordini dei testatori. I fatti e le astensioni d'indole patrimoniale avrebbero costituito per lo meno delle mortis causa capiones, ed è poco probabile che queste fossero sempre interamente sprovviste di qualsiasi sanzione giuridica ¹⁾. Invece è più che certo che gli ordini dati dal testatore agli eredi furono e rimasero, sino a che non trionfò definitivamente la voluntas testantium nel testamento romano, come nuda praecepta liberamente rimessi alla volontà degli eredi stessi, quando non erano scritti nell'interesse di una persona determinata e non avevano carattere patrimoniale (pag. 70). Inoltre, secondo Teofilo, la nullità dei legati p. n. potrebbe spiegarsi ricorrendo al principio che è nullo il legato, quando sia rimesso alla volontà dell'erede il darlo o non darlo, ed egli chiarisce come tale principio troverebbe applicazione rispetto al legatum p. n. dicendo: « ... ἐνταῦθα δὲ ἐν αὐτῷ ἔστιν ἐποφλῆσαι καὶ μὴ ἐποφλῆσαι (εἰ μὲν γὰρ κληρώσῃ τὰ ὑπὸ τοῦ τελευτήσαντος εἰρημένα οὐδὲν καταβάλλει, εἰ δὲ ἀναντιωθῇ, ἔνοχος τῷ ληγαταρίῳ γινήσεται) ». Dunque Teofilo dice che l'erede, adempiendo la condizione, οὐδὲν καταβάλλει, vale a dire, non paga nulla e ciò è vero, se la condizione ha per contenuto fatti o astensioni che non arrecano un'utilità patrimoniale, ma non sarebbe certo così se si trattasse di fatti o di astensioni, che arrecano invece un vantaggio economico. E infine con ciò s'accordano assai bene tutti gli esempi sicuri di lasciiti

¹⁾ Non è mancato chi abbia sostenuto ciò confr. p. e. Cuq, *Les Institutions Juridiques*, I, pag. 549; ma non so come questa ipotesi possa conciliarsi col fatto che le m. c. capiones sono frequentemente ravvicinate ai legati. GAIUS 2, 224. CIC. *De leg.* II, 21.

p. n. colpiti dal divieto, i quali appaiono costantemente diretti ad imporre fatti o astensioni, che non procurano un'utilità patrimoniale a una persona determinata: si tratta, come abbiamo veduto, di obbligo o di divieto di contrarre un dato matrimonio, di obbligo o divieto di alienare uno schiavo, senza che questo divieto appaia posto nell'interesse degli eredi di colui che non deve vendere o di altra persona; si tratta di obbligo di costruire un monumento in onore del testatore e via dicendo; notevole è a questo riguardo la cura che ha Gaio (2. 235) di mettere bene in evidenza che trattasi effettivamente di un monumento in onore del testatore: « sed et si (testator) heredem, si verbi gratia intra biennium monumentum *sibi* non fecerit, X milia Titio dare iusserit, poenae nomine legatum est ». E infatti Pomponio ci dice Dig. 33, 1, 7: « Si te heredem solum institutam et scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias: nullam enim obligationem ea scriptura recipit, sed ad auctoritatem meam conservandam poteris, si velis, facere ».

Tutto ciò dimostra che, come furono valide le disposizioni p. n. dirette a costringere l'onerato a manomettere il servo, così del pari valide dovettero essere anche quelle, mediante le quali egli veniva costretto a fatti o ad astensioni, che arrecavano un beneficio economico a una data persona. Conseguentemente il criterio fondamentale surriferito, concernente la validità e la nullità dei lasciti p. n., deve essere completato dicendo che sono valide le disposizioni penali scritte per costringere l'onerato a compiere una prestazione patrimoniale a favore di una data persona o a dare la libertà ai servi e sono invece invalide quelle che sono dirette ad imporre fatti o astensioni, che non arrecano alcun vantaggio economico a una persona determinata.

§ 9. Resta però a risolvere un'ultima questione: se il divieto era ristretto entro questi limiti, perchè le fonti genuine parlano genericamente di coazione a fare o a non fare, senza avvertire che ci sono dei fatti e delle astensioni di fronte ai quali esso non trova applicazione? Possono a questo riguardo farsi varie ipotesi.

Nella serie pressochè infinita di fatti o di astensioni, che i testatori possono voler imporre agli onorati, quelli che arrecano un'utilità patrimoniale sono certo assai pochi e rappresentano quasi una eccezione di fronte a tutti gli altri. D'altro canto le notizie genuine

sul divieto a noi pervenute si riconnettono tutte direttamente alle Istituzioni di Gaio, cioè ad un libro elementare, che contiene solo i principî fondamentali di diritto. Non sarebbe perciò assurdo pensare che sia sembrato superfluo avvertire che v'era qualche caso in cui i lasciti p. n. erano validi, benchè fossero diretti a imporre fatti o astensioni, appunto perchè ciò costituiva quasi un'eccezione: in un libro elementare bastava enunciare la regola generale e la regola era in sostanza quella che risulta dalle fonti genuine.

Può pensarsi anche, e crediamo più a ragione, che la discordanza tra queste fonti e ciò che risulta dalle Pandette sia da attribuire a uno svolgimento storico che abbia subito il divieto: questo avrebbe in origine colpito tutti indistintamente i lasciti p. n. diretti ad imporre qualsiasi fatto o qualsiasi astensione; in seguito sarebbe stato ristretto ai soli lasciti, mediante i quali venivano imposti fatti o astensioni, che non arrecavano un'utilità patrimoniale a una persona determinata. Le notizie genuine relative al divieto riprodurrebbero la regola originaria senza tener conto di questo svolgimento.

Non pochi indizi avvalorano tale ipotesi. Innanzi tutto questo svolgimento si presenta come assai verosimile, tanto se si considera di per sè, quanto se si considera in relazione al testamento. Invero anche la regola originaria, contrapponendo il dare al fare o al non fare, tende indubbiamente a mettere in luce l'antitesi che v'è tra prestazioni d'indole patrimoniale e prestazioni che non arrecano un vantaggio economico, perchè tale contrapposto non può intendersi in un senso diverso. Tale antitesi però, contrapponendo puramente e semplicemente il dare al fare o al non fare, non sarebbe espressa in modo molto perfetto, perchè possono esservi fatti ed astensioni, che arrecano un'utilità patrimoniale non minore che l'acquisto di una cosa.

Ora, se si tiene conto dell'alta antichità del divieto, tale imperfezione diviene facilmente spiegabile, perchè in tempi assai antichi, quando predominano ancora concetti giuridici ed economici poco progrediti, mal si ravvisa nei fatti e nelle astensioni quel carattere di patrimonialità, che si appalesa invece in modo assai evidente nel dover dare qualche cosa. Inoltre, quanto più si risale indietro nel tempo, tanto più appare estraneo, anzi addirittura ripugnante, al testamento romano che il testatore possa in un modo qualsiasi imperare sulla condotta

dell'erede¹⁾: lo svolgimento del divieto coinciderebbe dunque anche con lo svolgimento storico del testamento. Finalmente lo stesso disaccordo in cui la regola, così come è espressa nelle fonti genuine relative al divieto, viene a trovarsi con quanto risulta più o meno direttamente dalle Pandette, avvalora l'ipotesi che siasi avuto uno svolgimento storico. Che le notizie fornite da Gaio sui lasciti p. n. derivino dagli antichi può dirsi sicuro, perchè, a prescindere da ogni altra considerazione, abbiamo potuto accertare che gli esempi tipici di legati p. n., colpiti dal divieto, che egli adduce e che ripetono poi sulle sue orme Ulpiano, Giustiniano e Teofilo, risalgono ai più antichi giureconsulti dell'età repubblicana (pag. 33 sgg.). Non meno sicuro è poi che egli nelle Istituzioni tralasci talora di notare il movimento giuridico più recente; di ciò abbiamo prove dirette e irrefragabili²⁾. Ma non basta: anche quelli stessi esempi tipici di legati p. n. colpiti dal divieto, che Gaio trae dagli antichi, trovansi in aperto contrasto con i principi di diritto che ebbero vigore sin dall'inizio dell'impero (pag. 33 sgg.); ciò nonostante egli li adduce, e Ulpiano, Giustiniano e Teofilo li ripetono, senza darsi affatto pensiero di metterli in armonia con il diritto del loro tempo. Se ciò avviene per gli esempi, può altrettanto essere avvenuto anche per la regola.

Vedremo ora che non senza fondato motivo la giurisprudenza dichiarò validi i lasciti p. n. diretti ad imporre agli onerati prestazioni patrimoniali a favore di una data persona o l'obbligo di manomettere i servi; e nulli invece quelli, mediante i quali venivano imposti fatti o astensioni che non arrecavano un'utilità patrimoniale a una persona determinata.

¹⁾ Nell'antico testamento il legato (di proprietà), la *manumissio* e la *datio tutoris* appaiono in forma imperativa: « *fundum Cornelianum do lego — Stichus liber esto — Titium liberis meis tutorem do — Titius tutor esto* ». Solo le forme più recenti di legati (*sinendi modo* — *per damnationem*) appaiono come ordini dati dal testatore all'erede; inoltre la *damnatio al facere* costituisce l'ultima fase di sviluppo del legato di obbligazione e non fu possibile che in tempi recenti. Su tutto ciò confr. FERRINI, *Legati*, pag. 9 segg. *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano*, I, pag. 121 segg.

²⁾ BONFANTE, *Storia del Diritto romano*², pag. 428.

2. — FONDAMENTO GIURIDICO DEL DIVIETO.

- § 1. Le ragioni giustificatrici del divieto secondo Teofilo. - § 2. Se il legatum p. n. sia nullo perchè in arbitrio heredis. - § 3. Se il legatum p. n. sia nullo, perchè non è scritto per benevolenza verso il legatario: valore del principio della benevolenza in relazione alle disposizioni testamentarie. - § 4. Il principio della benevolenza e i lasciti p. n. - § 5. Nostra opinione. - § 6. Il divieto e la voluntas testantium nel diritto classico e in quello giustiniano.

§ 1. Quale fosse la ragione giustificatrice del divieto dei lasciti p. n. non risulta espressamente dalle fonti; si legge però in Teofilo (*Paraphr.* 2, 20 § 36) che il legato a titolo di pena è invalido per due ragioni: 1) perchè non vale il legato rimesso all'arbitrio all'erede; e nel legato a titolo di pena è nell'arbitrio dell'erede il darlo o non darlo, in quanto che, se questi adempirà l'onere a lui imposto, nulla dovrà; se invece non lo adempirà, sarà tenuto a pagare il legato; - 2) perchè i legati debbono lasciarsi per benevolenza e affetto (εὖνοια καὶ φιλία) verso il legatario e non già in odio all'erede.

La prima di queste due ragioni ha avuto poca fortuna, perchè è stata ripudiata da quasi tutti gli scrittori antichi e moderni¹⁾, i quali invece, sebbene talora con qualche temperamento, hanno in generale accolto l'altra ragione²⁾. Ma anche contro di questa sono state ora sollevate gravi obiezioni. Il Fadda nelle sue magistrali lezioni sui concetti fondamentali del diritto ereditario romano³⁾ esprime l'avviso

¹⁾ CUIACIO, *Ad Africanum Tractatus - sub lege 1 Dig. 34, 6* (*Opera omnia* ed. Prato, vol. IV, pag. 135). BYNKERSHOEK, *Opusculum de legatis p. n. Opuscula* (Halae 1729) II, 282. STEINFELD, *Ueber den Grundsatz der benevolentia*, pag. 9. n. 3. FERRINI, *Pand.* § 135. F. LONGO, *Disposizioni testamentarie in forma di pena* in *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, vol. VI, pag. 163, n. 2 e in generale sulla questione della validità dell'obbligazione sotto condizione potestativa, confr. WINDSCHEID, *Pand.* § 93, n. 5.

²⁾ Da ultimo GOESCHEN, *Observationum iuris romani specimen. Obs. III*, pag. 53. STEINFELD, *Ueber den Grundsatz der benevolentia*, pag. 9 segg. FERRINI, *Legati*, pag. 71, 352. PERNICE, *Labeo III*, pag. 45, n. 4. MANENTI, in *Studi di Dir. rom. e moderno pubblicati in onore di V. Scialoja I*, pag. 421. n. 1 e gli altri autori citati da F. LONGO o. c. pag. 162 n. 2. Confr. anche PEROZZI, *Istituzioni*, II, pag. 531. Una strana opinione espresse BYNKERSHOEK (o. c. pag. 282, 287, 295); egli ritiene che anche nell'epoca classica fossero p. n., e perciò vietati, i soli legati scritti per costringere l'erede a compiere fatti illeciti. BUONAMICI, *Riv. italiana per le Scienze giuridiche*, XXXIX, pag. 58, ritiene meritevoli di accoglimento ambedue le ragioni espresse da TEOFILO.

³⁾ Parte prima, Napoli, 1900, pag. 57.

che una ragione diversa deve avere spinto i Romani a riprovare i legati in questione, perchè lo scopo di punire il gravato può benissimo andar congiunto con l'affetto verso l'onorato e con l'intento di beneficiarlo, tanto più che la nullità non colpisce solo il legato p. n., ma anche l'istituzione di erede; e per questa evidentemente l'intento della liberalità non può avere lo stesso significato che ha per il legato. Il prof. Filippo Longo¹⁾ ha poi ampiamente svolto e chiarito come nei lasciti p. n. l'affetto verso l'onorato e l'intento di beneficiarlo possa andar congiunto con quello di punire l'onorato.

Convien subito avvertire che sarebbe assai difficile ammettere che queste due ragioni, di cui fa menzione Teofilo, siano state trovate proprio da lui e che non rappresentino altro che un tentativo, più o meno felice, da lui compiuto per spiegare la nullità dei legati p. n. A prescindere che ciò sarebbe poco in armonia con la natura e l'origine della Parafrasi²⁾, di ambedue queste ragioni non manca neppure qualche traccia nei testi delle Pandette³⁾, sicchè conviene piuttosto credere che le ragioni stesse fossero appunto quelle che fin dall'epoca classica solevansi addurre per spiegare il divieto. Ciò nonostante convien riconoscere anche che l'una e l'altra sono poco soddisfacenti. Già di per sè il solo fatto che della stessa regola trovansi due spiegazioni fra loro così dissimili, fa dubitare dell'esattezza tanto dell'una quanto dell'altra, perchè dimostra che nè l'una nè l'altra bastavan da sole a spiegare con certezza la causa dell'invalidità del legatum p. n. E infatti ambedue fanno sorgere dubbi gravi e fondati.

§ 2. Per quanto concerne la prima, non può non apparire abbastanza strano e sforzato che si faccia ricorso al principio della nullità del legato in arbitrio heredis proprio a proposito del legatum p. n., che è diretto a limitare la libertà dell'erede ed a costringerlo, come dice Gaio 2. 235, « ut... aliquid contra propositum suum faciat, aut non faciat ». Nè la difficoltà è rimossa dal chiarimento dato da Teofilo e

¹⁾ *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, vol. VI, pag. 170 segg.

²⁾ Confr. ed. FERRINI, *Prolegomena*, pag. xii, e ora anche RICCOBONO, *Il Valore delle collezioni giuridiche bizantine in Mélanges FITTING*.

³⁾ Per la prima confr. *Dig.* 31, 3 (e su questa pag. 43) 36, 2, 19 pr. § 4; 33, 9, 1 confr. pag. 83. Per l'altra *Dig.* 35, 1, 12 (il fr. di Ulp. *ad Sab.* qui riferito deriva dalla parte dell'opera in cui trattavasi dei lasciti p. n. LENEL, *Paling. Ulp.* 2662); confr. pag. 10; *Dig.* 30, 54 pr.; confr. pag. 56.

cioè che tale arbitrio consisterebbe in questo, che, se l'erede ottempera alla volontà del testatore, non dovrà nulla; se invece ad essa non ottempera, sarà tenuto verso il legatario. Ciò dimostra solo che l'erede verrà a trovarsi nell'alternativa o di dover adempiere la condizione o di dover pagare il legato, il che è ben diverso dal caso in cui egli può a suo piacimento pagarlo o non pagarlo, come avviene quando esso è effettivamente rilasciato all'arbitrio dell'erede p. e. quando è sottoposto alla condizione: si heres voluerit. Nel caso in esame egli può dare o non dare il legato, non a suo piacimento, ma solo se adempie o non adempie la condizione; e il decidere se convenga meglio adempiere l'onere condizionalmente imposto o pagare il legato, costituisce una determinazione di volontà che non è affatto un puro e semplice arbitrio. Una prova sicura ce ne dà la stipulatio poenae. Anche la stipulatio, al pari del legato, è nulla, se si rimette all'arbitrio del debitore l'eseguire o non eseguire la prestazione promessa¹⁾; eppure validissima è stata sempre la stipulatio poenae, per la quale potrebbe esattamente ripetersi quanto dice Teofilo rispetto al legatum p. n. vale a dire che, se il debitore adempie la condizione, nulla dovrà; se non l'adempie, sarà tenuto a pagare la poena al creditore.

Dunque non è vero che il legatum p. n. è in arbitrio heredis.

§ 3. La seconda ragione, addotta da Teofilo, concernente la mancanza di affetto e di benevolenza verso il legatario, si presenta di per sé più chiara, e apparentemente, abbastanza plausibile; ma in realtà anch'essa è tutt'altro che soddisfacente.

A nessuno può sfuggire la gravità delle obiezioni già sollevate dal Fadda e dal Longo contro tale giustificazione del divieto; ma a queste altre se ne possono aggiungere non meno gravi e convincenti.

Innanzi tutto a me sembra che, se si spiega la nullità dei lasciti p. n. facendo ricorso al principio della benevolenza, si viene ad attribuire a questo un'efficacia assai diversa da quella che ha avuto in realtà. Perchè io non nego che tale principio eserciti un'efficacia considerevole rispetto alle disposizioni testamentarie; solo ritengo che questa efficacia resti ristretta a ciò, che il diritto romano considera con favore le disposizioni ispirate ad affetto e a benevolenza e

¹⁾ Dig. 45, 1, 108 § 1; 46 § 3; confr. anche 44, 7, 8.

perciò le ritiene valide e perfette anche in taluni casi, in cui esse, a rigor di diritto, dovrebbero essere invalide e imperfette; considera invece con sfavore quelle non ispirate ad affetto e a benevolenza e perciò a queste ricusa il benigno trattamento fatto alle altre. Così inteso il principio in questione può spiegare il diverso trattamento fatto in molti casi all'istituzione d'erede in confronto alla exheredatio¹⁾; può spiegare perchè, mentre si ritengono valide l'istituzione di erede, i legati e la manumissio sotto condizione impossibile, sono nulle la diseredazione, l'ademptio e la translatio legati²⁾ sotto tali condizioni; può spiegare perchè il principio falsa causa non nocet non trovi applicazione rispetto ai legati scritti per punire l'erede (pag. 10, n. 2) e via dicendo.

Ma, a mio avviso, l'efficacia del principio della benevolenza si arresta a questo favorevole trattamento consentito alle une e negato alle altre disposizioni. Ammettendo invece che i lasciti p. n. siano nulli ipso iure, sol perchè manca l'affetto e la benevolenza verso l'ontrato, occorre andare assai più avanti: occorre cioè arrivare sino ad ammettere che la mancanza di tali sentimenti da parte del testatore renda addirittura nulla ipso iure la volontà da lui espressa in modo non dubbio mediante disposizioni, le quali, come quelle a titolo di pena, in sè considerate sarebbero valide e perfette. Ciò a mio avviso è contrario a quanto risulta dalle fonti ed è anche astrattamente insostenibile.

Se ben si osserva, non è mai la mancanza di affetto e di benevolenza che di per sè sola produce la nullità delle disposizioni. Nulla è l'istituzione dell'erede, quando il testatore abbia indicato l'erede stesso, invece che col nome, con una demonstratio contumeliae causa³⁾; ma può dirsi perfetta l'istituzione, quando manca il nome dell'erede⁴⁾? Nulle sono le disposizioni litis causa a favore del principe e le disposizioni captatorie⁵⁾, ma anche qui parmi per certo che si abbia qualche cosa di più che non la semplice mancanza di

¹⁾ Confr. p. es. *Dig.* 28, 2, 19.

²⁾ Da ultimo su ciò MANENTI, *Negli studi in onore di V. Scialoja*, vol. I, pag. 432 segg.

³⁾ *Dig.* 28, 5, 9 § 8.

⁴⁾ GAIUS 2, 116, 117. *ULP. Reg.* 21, 1.

⁵⁾ Sulla prima confr. *Ist.* 2, 17 § 8. CAPITOLINO, *Pertinax*, c. 7. PAOLO, *Sent.* V, 12 § 8 etc. Sulle altre *Dig.* 28, 5, 70; 71 etc.

benevolenza¹⁾. E lo stesso può ripetersi rispetto a un fr. di Pomponio, dal quale sembrerebbe risultare che è nullo il legato scritto per arrecare onta al legatario:

Dig. 30, 54 pr. Pomponius libro VIII *ad Sabinum*: « Turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur ».

Con tutta probabilità questo fr. è stato malamente interpolato²⁾; in ogni modo è evidente che la sola mancanza di benevolenza non basterebbe a far ritenere che il lascito è, come dice il testo, addirittura turpe e oltraggioso per il legatario³⁾.

Quando la disposizione è di per sé valida e perfetta, la volontà del defunto deve essere rispettata, tanto se il motivo che la determinò fu l'affetto e la benevolenza verso l'onorato, tanto se il motivo fu diverso. Se così non fosse, l'affetto e la benevolenza costituirebbero un requisito essenziale delle disposizioni testamentarie e sarebbe strano che la validità di queste dipendesse da un requisito, di cui il più delle volte non può neppure accertarsi l'esistenza o la mancanza. Così p. e. in caso di revoca di precedenti disposizioni chi può dire sempre con certezza se il testatore s'indusse a revocarle per affetto e benevolenza verso i nuovi onorati o non piuttosto in odio alle

¹⁾ Sulle disposizioni captatorie confr. da ultimo FERRINI, *Legati*, pag. 71. FADDA, *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano* I, pag. 57. DE RUGIERO, *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano* XVI, pagg. 191-192; per quanto concerne quelle a favore del Principe, si consideri che il divieto fu originariamente introdotto per l'istituzione d'erede. *Ist.* 2, 17 § 8 ed, a prescindere da altre considerazioni, a sua giustificazione suole addursi un motivo analogo a quello per cui fu vietata la cessio ad potentiorem: PAOLO, *Sent.* V, 12, 15 (... nec enim calumniandi facultatem ex principali maiestate capi oportet).

²⁾ Il testo è contorto e poco corretto; come ha già rilevato AVERANIO, *Interpretationes* V, 13. il verbo « denotare » non ha quasi mai il significato, che qui deve ad esso ad attribuirsi, d'infamare o oltraggiare. Neppure è molto chiaro intendere come un legato possa essere scritto per oltraggiare il legatario. È probabile che questo fr. si riferisse appunto al legato p. n. e che i compilatori l'abbiano così alterato per adattarlo al diritto nuovo, confr. *Cod.* 6, 41 in fine, *Ist.* 2, 20 § 36 e le interpolazioni del fr. di AFRICANO, *Dig.* 34, 6, 1 (pag. 12, n. 1).

³⁾ Mi sembra superfluo a ricercare se effettivamente anche al principio della benevolenza possa riportarsi (come alcuni ritengono, p. es. FERRINI, *Legati*, pag. 161 e STEINFELD, op. cit. pag. 35) la nullità delle disposizioni espressamente rimessa all'arbitrio di un terzo: perchè su questo punto regnano le più gravi incertezze, confr. FERRINI, loc. cit. pag. 163, Del resto anche qui, come al solito, mi sembra che si abbia qualche cosa di più che non la sola mancanza di benevolenza.

persone che aveva prima gratificato (Cfr. p. e. Dig. 32, 37 § 2)? Si consideri che, se il testatore reputa queste persone immeritevoli del beneficio loro largito e vuole ad esse toglierlo in tutto o in parte, non può raggiungere tale scopo che attribuendo il beneficio stesso ad altri, i quali pertanto talora saranno da lui beneficiati, solo perchè il testatore non poteva in altro modo raggiungere lo scopo di togliere il beneficio ai primi onorati.

Ma anche indipendentemente da ciò, certo è in ogni modo che, oltre i lasciti a titolo di pena, si hanno altre disposizioni in cui può far difetto la benevolenza da parte del testatore; ciò nondimeno nessun dubbio sorge sulla loro validità. Lo stesso Ferrini, che accoglie senza riserve questa spiegazione data da Teofilo della nullità dei lasciti p. n., non esita ad ammettere che siano validi i legati poenae causa, i legati cioè puri, scritti del testatore allo scopo di punire l'erede per aver compiuto alcunchè mentre egli era in vita¹⁾. Eppure in questi legati, al pari di quelli a titolo di pena, manca l'affetto e la benevolenza verso il legatario. Valide sono poi tutta una serie di disposizioni, che appaiono evidentemente scritte allo scopo precipuo di privare l'onorato del beneficio a lui largito, se non adempirà gli oneri che gli sono imposti. Trattasi di disposizioni condizionali, che a stento si distinguono da quelle a titolo di pena (pag. 14 segg.), tanto a queste sono vicine.

Si considerino i testi seguenti:

Dig. 32, 38 § 5. Scaevola libro VIII Dig.: «Quindecim libertis, quos nominaverat, praediorum cum taberna legaverat et adiecerat haec verba: 'sibique eos habere possidere volo ea lege et condicione, ne quis eorum partem suam vendere, donareve aliudve quid facere alii velit: quod, si adversus ea quid factum erit, tunc eas portiones praediorumve cum taberna ad rempublicam Tusculanorum pertinere volo'. Quidam ex his libertis vendiderunt partes suas duobus conlibertis suis ex eodem corpore; emptores autem defuncti Gaium Seium extraneum heredem reliquerunt: quaesitum est, partes quae venierunt²⁾ utrum

¹⁾ *Legati*, pag. 375; F. LONGO, op. cit. pag. 167, n. 2; Dig. 35, 2, 12 (pag. 10, n. 2), 31, 88, 16; 32, 37 § 2.

²⁾ FABRO, *Coniecturae* XV, 6, emenda in questo punto il testo, proponendo di leggere «partes quae non venierunt» invece di «partes quae venierunt» e ciò perchè crede che, in caso contrario, nel secondo quesito non si avrebbe che un

ad Gaium Seium an ad superstites collibertos suos, qui partes suas non vendiderunt, pertinerent. Respondit, secundum ea quae proponerentur, ad Gaium Seium pertinere. Idem quaesivit, an partes venditae ad rempublicam Tusculanorum pertinerent. Respondi non pertinere. *Claudius* quia non possidentis persona, qui nunc extraneus est, respicienda est, sed emptorum, qui secundum voluntatem defunctae ex illis fuerunt quibus permiserat testatrix venundari, nec condicio existit dati fideicommissi Tusculanis ».

Il divieto, che è qui fatto ai legatari di alienare per atto tra vivi ad estranei le loro parti e il fedecompresso a favore della repubblica Tuscolana, imposto agli onorati stessi in caso di infrazione del divieto, dà qui luogo a due questioni. La prima questione è: può in tale divieto ravvisarsi l'esistenza di un fedecompresso ¹⁾ a favore dei liberti, per modo che, quando le parti vendute da alcuni di costoro ai colliberti perverranno per testamento a Gaio Seio, i rimanenti colliberti potranno richiedere queste parti in forza del fedecompresso implicitamente contenuto nel divieto? Scevola risponde, e a ragione, negativamente a questo primo quesito. Infatti il divieto di alienazione, nel caso in esame, non può interpretarsi nel senso ora indicato, perchè il testatore ha disposto espressamente che, ove ad esso si contravvenga, i Tuscolani, e non già i colliberti, abbian diritto alle parti vendute. Quindi queste parti non possono essere richieste da costoro; esse spetteranno a Gaio Seio. Questa prima questione apre l'adito all'altra: se i colliberti non hanno diritto alle parti stesse non potranno queste essere pretese neppure dai Tuscolani? Scevola torna a rispondere negativamente, e dall'aggiunta di Claudio appare manifesto che ciò avviene solo perchè egli è d'avviso che con la vendita compiuta da

inutile ripetizione del primo. Ma l'emendamento non è affatto necessario, accettando l'interpretazione che noi diamo del fr. Piuttosto occorre avvertire che le questioni riguardano sempre le parti vendute, e non le altre ereditate da Gaio Seio, perchè il divieto è espresso in termini tali da escludere ogni dubbio sul diritto da parte dei legatari di trasmettere anche ad estranei le proprie parti per testamento.

¹⁾ Che in tal senso potesse interpretarsi il divieto di alienazione al tempo di SCEVOLA, benchè i *Digesti* siano stati scritti prima della morte di Marco Aurelio (LENEL, *Palting. Scaevola* I n. 1) e quindi anche prima del rescritto di SEVERO e CARACALLA: *Dig.* 30 114, § 14, può arguirsi dalle questioni trattate nei paragrafi precedenti a quello in esame. Confr. ora MITTEIS, *Roem. Privatvecht*, I, pag. 196, n. 6.

alcuni liberti a favore dei colliberti e con l'aver due di costoro lasciato per testamento a un estraneo tanto le parti comprate quanto quelle loro spettanti in forza del legato non si sia contravvenuto al divieto, il quale pertanto resta così ristretto alle sole alienazioni a favore di estranei direttamente compiute dai legatari. Ma dalla nota di Claudio può dedursi con tutta certezza che, se al divieto si fosse contravvenuto, i Tuscolani avrebbero potuto ottenere le parti vendute e ciò in forza del fedecommesso, il quale è valido, benchè appaia evidentemente scritto più per punire i liberti, che non per affetto e benevolenza verso i Tuscolani ¹⁾.

In modo anche più palese tali sentimenti fanno difetto nel caso preveduto dalla cost. seguente:

Cod. 8, 28. 1. *Impp. Severus et Antoninus A. A. Marcello*. « Si sunt qui emere praedia tibi obligata velint, non impediuntur scriptura testamenti, qua complexus est debitor nulla a se ²⁾ praedia vendumdari et poenam addidit, ut fisci fierent. Nec enim potuisset eum huiusmodi lege ius creditoris facere deterius manifestum est. *D. VI. k. Mai. Apro et Maximo cons. (a. 207) »*.

Presupposto necessario di questa costituzione è che il lascito a favore del fisco sarebbe di per sè valido: infatti ciò non avviene nel caso in esame, solo perchè il debitore non può ledere i diritti acquisiti dal proprio creditore. Questo lascito è così poco ispirato a benevolenza che viene detto senz'altro *poena*, benchè non si tratti nè di una multa testamentaria e neppure di una disposizione p. n. ³⁾.

Lasciti siffatti a favore del fisco dovettero essere frequenti, perchè

¹⁾ Un caso analogo appare in questa iscrizione *C. I. L. 2, 4514*: « L. Caecilius L. f(i)lius Pap(iri)a Optatus... qui r(ei)p(ublicae) Barcinonensi ita leg(avit): do lego darique volo (denariorum) VII. D̄ ex quorum usuris semissibus edi volo quodannis spectac(ulum) pugilum... ea condicione volo, ut liberti mei... quos honor sevirus contigerit, ab omnibus muneribus sevirus excusati sint. Quot si quis eorum at munera vocitus fuerit, tum ea (denariorum) VII D̄ at rem p(ublicam) Tarrac(onensem) transferri iubeo sub eadem forma spectaculorum, quot s(upra) s(cryptum) est, edendorum Tarracone ».

²⁾ Cioè, come nota CUIACIO (*Notae in Codicem Iustinianum* 8, 28, 1 [*Opera omnia*, Prato, pag. 1540]): « extra nomen suum, extra familiam suam ».

³⁾ Non è una multa, perchè il divieto di alienazione di un fondo in commercio, come è quello in questione, non rientra fra i casi in cui questa è ammessa, pag. 6; non è una disposizione p. n. perchè trattasi indubbiamente di una restituzione fidecommissaria a favore del fisco (pag. 14 segg.).

se ne hanno anche altri esempi nelle Pandette¹⁾ e nelle iscrizioni, fra i quali merita di essere ricordato specialmente questo:

C. I. L. XIV, 2934 « Civibus Praenestinis omnibus dari bolo ex massa Praenestina kasam, cui vocabolum est Fulgerita, regione Campania territorio Praenestino, ita ut ad memoriam meam per singulos annos sine dubio colant spiritum meum, ita tamen ut conlocent statuum nominis mei in foro et hoc ipsum exemplum testamenti adscribant ibi, et non habeant potestatem dextraendi (distrahendi, ut, si quando alienare voluerint, fiscus possideat ».

A rimuovere poi il dubbio che la validità di queste disposizioni sia da attribuire a speciali privilegi stabiliti a favore del fisco o delle città, soccorrono altri testi, i quali ci dimostrano che la restituzione fideicommissaria, in caso di inosservanza degli oneri imposti alle persone gratificate nel testamento, può validamente essere scritta anche a favore di privati:

Dig. 34, 4, 3 § 4, Ulpianus, libro XIV *ad Sabinum*: « Si quis ita legaverit: 'heres meus Titio fundum dato et, si Titius eum fundum alienaverit, heres meus eundem fundum Seio dato', oneratus est heres; non enim a Titio fideicommissum relictum, si alienasset fundum, sed ab herede ei legatum est... ».

Dig. 32, 14, pr. Gaius, libro II *fideicommissorum*: « Non est dubium quin, si uxori legatum sit, si non nupserit idque alii restituere rogata sit, cogenda est, si nupserit, restituere »²⁾.

¹⁾ Dig. 32, 38 § 3. SCAEVOLA, libro XIX Dig.: « Fundum a filio, quoad vixerit, vetuit venundari, donari, pignerari et haec verba adiecit: 'quod si adversus voluntatem meam facere voluerit, fundum Titianum ad fiscum pertinere: ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine vestro numquam exeat'. Quaesitum est, cum vivus filius eum fundum secundum voluntatem patris retinuerit, an defuncto eo non ad heredes scriptos a filio, sed ad eos, qui de familia sunt, pertineat. Respondit hoc ex voluntate defuncti colligi posse, filium, quoad viveret, alienare vel pignere non posse, testamenti autem factionem et in eo fundo in extraneos etiam heredes habiturum ». La questione qui trattata non verte sul punto se il figlio abbia o no contravvenuto al divieto, ma se dai termini del divieto stesso può arguirsi fosse intenzione del testatore di costituire o no un fedecommesso gentilizio.

²⁾ Fin dal tempo dei Glossatori si discute sul modo di conciliare questo testo col fr. di GIULIANO, Dig. 35, 1, 22: « Quotiens sub condicione mulieri legatur, si non nupserit, et eiusdem fideicommissum sit, ut Titio restituat, si nubat, commode statuitur et si nupserit, legatum eam petere posse et non esse cogendam fideicommissum praestare ». Ma questa discussione è superflua, perchè tra l'uno e

Conf. anche: *C. I. L.* V, 5134: « M. Cabarsus Patiens dedit (*denar.*) XX et profundi de usuris (*denar.*) III, quot, si iuvenates eius neglexerint, filio eius rettere debebunt (*denar.*) XX aut si quis heres fuerit »¹⁾.

Ora, se la ragione della nullità dei lasciti p. n. dovesse ricercarsi nella mancanza di benevolenza, non saprei spiegarmi perchè le disposizioni contenute in questi testi erano valide, o per lo meno perchè questi testi nulla ci dicono, per quanto concerne l'intenzione di beneficiare, sulla cui esistenza qui sorgono fondatissimi dubbi.

§ 4. E le difficoltà, invece di scomparire, si accrescono, se questa seconda ragione, addotta da Teofilo ed accolta dalla maggior parte degli scrittori, si mette in relazione con quanto risulta relativamente al divieto dei lasciti p. n.

Per quanto concerne l'intenzione del testatore, le fonti avvertono solo che i lasciti p. n. sono scritti per esercitare una coazione sull'onerato (pag. 7, 8, 12); ma non fanno nessuna riserva nè introducono limitazioni di nessuna specie rispetto ai motivi che possono indurre il testatore ad esercitare tale coazione, e cioè se essa debba essere da lui voluta nell'interesse esclusivo del testatore, o di un terzo, nell'interesse dell'onorato o in quello dell'onerato. Invano a questo riguardo si farebbe ricorso a un'aggiunta alla definizione tradizionale del legato p. n., che leggesi nelle Regole di Ulpiano. Ulp XXIV, 17: « Poenae causa legatur quod coercendi heredis causa relinquitur, ut

l'altro testo non esiste alcuna antinomia (confr. in questo senso da ultimo SCIALOJA, *Bullettino dell'Ist. di Dir. rom.* XIV, pag. 33, dove è indicata anche la bibliografia sull'argomento). Infatti la decisione è diversa, perchè il caso trattato da GAIO è diverso da quello trattato da GIULIANO: nel primo la condizione di non sposare è imposta dal marito alla moglie (*uxori*) ed era perciò validamente imposta in forza della cosiddetta *lex Iulia Miscella*, se la moglie entro l'anno non avesse giurato di contrarre matrimonio *liberorum causa* (FERRINI, *Legati*, pag. 347), mentre nell'altro caso tale condizione era illegale, non essendo imposta alla moglie, e doveva perciò essere rimessa (confr. J. ROBERTUS in *Controversiarum I. Roberti e I. Cuiacii, libri tres.* I, 3 [CUIACIO, *Opera omnia*, Prato, II, pag. 32]). Però sembrami sicuro che il testo di GAIO sia stato interpolato: i compilatori non potevano lasciar passare questa applicazione della *lex Iulia Miscella* abrogata da GIUSTINIANO, *Cod.* 6, 40, 2; 3 e deve perciò a loro attribuirsi l'errore contenuto nella frase: « non est dubium quin... cogenda est ». La decisione però è conforme ai principii di diritto classico, tanto che per metterla in armonia non col fr. di GIULIANO, ma con le citate costituzioni giustiniane, credo, convenga dare alla frase: « non est dubium quin... » valore negativo, escludendo così che la moglie debba restituire il fedecommesso.

¹⁾ Non si tratta di multa, perchè il lascito è a favore di privati, pag. 6.

faciat quid aut non faciat, non ut ad legatarium pertineat». Queste ultime parole, che mancano in Gaio (2, 235) e la cui lettura presenta qualche incertezza, non fanno che mettere meglio in rilievo lo scopo coercitivo dei lasciti p. n. e non danno alla definizione un significato diverso da quello che essa ha nelle Istituzioni di Gaio. Da questa aggiunta risulta infatti che il testatore scrive il legato p. n., non perchè vuole effettivamente che la cosa legata pervenga al legatario, ma perchè vuole invece che l'erede adempia la condizione a lui imposta. Ciò è ben lungi dal costituire una particolarità dei lasciti p. n. colpiti dal divieto, perchè si verifica esattamente non solo anche in quelli che sono validi¹⁾, ma persino, fatte le necessarie modificazioni, nella pena convenzionale: chi ricorre alla clausola penale, tanto nel testamento che negli atti tra vivi, vuole sempre principalmente che sia adempiuta la prestazione, che forma oggetto della condizione, e non già che sia dovuta la pena, il cui pagamento è imposto solo per costringere il debitore all'adempimento della condizione stessa (pag. 8, 9). Deve perciò ritenersi che il divieto sussista sempre, qualunque possa essere il motivo che abbia indotto il testatore a scrivere il lascito p. n.; e quindi anche se vi fu indotto solo per amore e benevolenza verso colui al quale sarebbe dovuta la pena.

Del resto gli esempi di lasciti p. n. colpiti dal divieto, che si leggono nelle fonti genuine (pag. 41, 42), rimuovono qualsiasi dubbio a questo riguardo, perchè, considerando questi esempi dal punto di vista dell'intenzione del testatore, convien riconoscere che, se si eccettua l'esempio relativo all'obbligo del monumento (Gaio 2, 235), tutti gli altri si prestano, da questo punto di vista, alle ipotesi più svariate, non esclusa naturalmente quella che la disposizione sia scritta esclusivamente nell'interesse dell'onorato. Anzi proprio uno dei famosi esempi tipici tradizionali, dei quali abbiamo più volte fatto parola, è tale che non sembra possa neppure ammettere una diversa interpretazione. Trattasi dell'esempio seguente: « Si filiam Titio in matrimonium non conlocaveris, X milia Titio dato (Gaio, 2, 235). Ricercando quale intenzione potrebbe aver avuto il testatore scrivendo tale disposizione, è facile intendere che per lo meno l'ipotesi più ovvia

¹⁾ Così nel legato penale della *penus* il testatore vuole che l'erede dia la *penus*; anzi in origine ricorreva all'espedito del *legatum* p. n. appunto per raggiungere questo scopo, che non si sarebbe potuto raggiungere altrimenti (pag. 31).

e più ragionevole è supporre che Tizio voglia sposare la figliuola dell'erede e che vi sia fondato motivo di ritenere che questi ostacolerà le nozze, rifiutando alla figliuola il consenso a ciò necessario. Il legato p. n. sarebbe scritto per vincere la riluttanza paterna e per rendere così possibile a Tizio di sposare la figlia dell'erede. Evidentemente tutta la disposizione è scritta a favore di Tizio; e occorre presupporre che il testatore sia animato da vivo sentimento di affetto e di benevolenza verso costui, perchè solo chi nutre questi sentimenti s'induce ad agevolare un matrimonio desiderato da alcuno e a questi assicura un beneficio, se le nozze non saranno possibili. Ciò nonostante il legato in esame non solo è colpito dal divieto, ma costituisce addirittura un esempio tipico di disposizione p. n. vietata.

Ma non basta. Abbiamo già veduto che fra i lasciti p. n. rientrano pur anco i casi in cui il beneficio, dapprima puramente largito all'onorato, sia poi sub condizione trasferito da uno onerato all'altro (pag. 28). In questi casi il testatore vuole che il beneficio pervenga in ogni caso all'onorato e il verificarsi o il mancare della condizione determinerà solo quale dei due onerati dovrà il lascito. Queste forme di *translatio* presuppongono necessariamente che il testatore serbi verso l'onorato quello stesso affetto e quella stessa benevolenza che lo indusse a scrivere il lascito; ma ciò non impedisce che la *translatio*, essendo p. n., possa cadere sotto la sanzione del divieto (pag. 39).

Riportando poi alla mancanza di affetto e di benevolenza verso l'onorato la ragione della nullità dei lasciti p. n., riuscirebbe inesplicabile la distinzione, che in modo non dubbio risulta essere stata fatta a questo proposito, tra lasciti diretti a costringere l'onerato a dare qualche cosa e a manomettere il servo, e lasciti che servono a costringerlo a fare o non fare (pag. 46), ovvio essendo che tanto nell'uno quanto nell'altro caso tali sentimenti possono far difetto. E questo si verifica appunto nel caso trattato da Giuliano, di cui abbiamo già più volte fatta menzione, Dig. 30, 81, § 2: «*Stichum Sempronio do lego; si Sempronius Stichum intra annum non manumiserit, eundem Stichum Titio do lego*». Per quanto sia dubbia l'interpretazione di questo testo, è pressochè impossibile sostenere che Giuliano ritenesse invalido il legato a favore di Tizio; in tale ipotesi questo caso, di per sè così arduo e interessante, non presenterebbe più nessuna difficoltà e la questione trattata nel testo non

avrebbe più nessuna ragione d'essere (su tutto ciò conf. cap. IV, l. B). Il legato è dunque valido; eppure è evidente che esso è scritto senza affetto e senza benevolenza verso Tizio e al solo scopo di costringere Sempronio a manomettere il servo

Finalmente, prescindendo da altre considerazioni, che pur potrebbero farsi, convien notare che la teoria, che stiamo confutando, trovasi in aperto contrasto persino con le ragioni che adduce Giustiniano per giustificare l'abolizione del divieto. Egli dice che questo è oramai divenuto una 'supervacua observatio veterum legum' (Cod. 6, 41); una 'scrupolositas', che a lui non piace (*Ist.* 2, 20, § 36). Tale non è certo il principio della benevolenza, da cui si vorrebbe dedurre la ragione del divieto dei lasciti p. n., perchè questo principio vige tuttora nel diritto ultimo per lo meno così, come fu elaborato dalla giurisprudenza classica.

Dalle osservazioni sinora fatte, parmi possa concludersi, senza tema di errare, che il divieto dei lasciti p. n. è del tutto indipendente dall'esistenza o meno di sentimenti di affetto e di benevolenza del testatore verso l'onorato e che quindi neppure la seconda ragione addotta da Teofilo spiega in modo soddisfacente, perchè tali lasciti furono dichiarati nulli.

§ 5. La ragione giustificatrice del divieto, le incertezze su di essa, che sembra si avessero nell'epoca classica (pag. 53), la scomparsa del divieto stesso nel diritto ultimo, trovano, a mio avviso, una spiegazione più ragionevole e fondata ritenendo che dovette essere contrario all'antico testamento romano che il testatore potesse far ricorso alla poena testamentaria per costringere l'erede a fatti o ad astensioni, che non arrecavano un'utilità patrimoniale a una persona determinata; che più tardi il sorgere di principî nuovi, diversi da quelli un tempo in vigore, più non permise di ravvisare la ragione originaria del divieto, il quale poi nel diritto ultimo, quando questi principî trionfarono, modificando sostanzialmente l'antico testamento romano, scomparve, perchè non solo non aveva più nessuna ragion d'essere, ma veniva addirittura a trovarsi con essi in aperto contrasto.

Per rintracciare la ragione del divieto occorre naturalmente riportarsi ai tempi in cui esso fu introdotto e vedere se lo scopo, che voleva raggiungere il testatore ricorrendo a questi lasciti, era o no conforme ai principî di diritto che allora vigevano rispetto al testa-

mento Il legatum p. n., il più antico dei lasciti a titolo di pena, quello in relazione al quale fu originariamente formulato il divieto, altro non era, noi l'abbiamo già veduto (pag. 31, 32), che un espediente, cui avrebbero voluto far ricorso i testatori per costringere l'erede all'osservanza di precetti, i quali, se fossero stati puramente e semplicemente scritti nel testamento, sarebbero stati sforniti di qualsiasi sanzione giuridica. Tali precetti, come abbiamo altrove ampiamente dimostrato, consistevano nel dover compiere o non compiere fatti, dal cui compimento o dalla cui astensione non derivava nessun vantaggio economico a una persona determinata. Eran dunque obblighi estranei all'istituzione di erede e che non rientravano in nessun modo tra quelli che la legge permetteva espressamente d'imporre nel testamento. Nessuna legge infatti aveva dato al testatore la facoltà d'imperare sulla condotta dell'erede; nè questi obblighi potevan riportarsi al legato, perchè in tanto può parlarsi di legato, in quanto il testatore disponga un'attribuzione patrimoniale a favore di una persona determinata¹⁾.

1) È tuttora prevalente l'opinione che ritiene essenziale al concetto di legato che la disposizione in esso contenuta arrechi un beneficio economico al legatario e costituisca una liberalità a suo favore; ma non manca chi nega ciò recisamente. (Confr. da ultimo l'ampia e profonda trattazione del FADDA in *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, I, pag. 53 segg.). Conviene però avvertire che i dubbi e le incertezze possono sorgere solo se il concetto di legato si considera in relazione al diritto classico e al diritto giustiniano. Considerando la questione in base ai principi dell'antico diritto, parmi scompaiano le obiezioni che possono muoversi contro tale requisito: a prescindere da ogni altra considerazione, lo stesso FADDA, o. c. pag. 56 ammette che il legato non è altro che l'antica donazione a causa di morte trasfusa nel testamento per mancipationem. Non può poi in nessun modo dubitarsi che il legato è sempre una disposizione d'indole schiettamente patrimoniale. Confr. infatti in questo senso pur anco FADDA, *Concetti cit.*, pag. 94 segg. PEROZZI, *Istituzioni* II, pagg. 532, 540. È uno strano abbaglio del WINDSCHEID, *Pand.* § 634. n. 1, ritenere che al riconoscimento di un legato senza valore pecuniario facesse ostacolo solo la condanna pecuniaria nella procedura ordinaria e che l'evoluzione ulteriore del diritto romano sorpassò questa difficoltà. Egli fonda questa sua opinione su un fr. di ULPIANO, che riconosce valido l'obbligo dell'emancipazione imposto per testamento; *Dig.* 35, 1, 92 (confr. sulla questione PAOLO, *Sent.* 4, 13, 1 *Dig.* 35, 1, 93; 30, 114 § 8 *Cod.* 6, 42, 15); ma quando anche fosse dimostrato che in tale obbligo i Romani fluirono per ravvisare un vero e proprio fedecommissio (il che non è), non si avrebbe altro che un'estensione del fedecommissio di libertà, la quale estensione evidentemente nulla proverebbe a favore dell'opinione del WINDSCHEID, perchè non si riconetterebbe al legato, ma alla manumissio testamentaria.

Si avverta poi che, se non avesse fatto ostacolo il divieto, il testatore avrebbe, per mezzo del *legatum p. n.*, pienamente raggiunto lo scopo di assicurare l'adempimento di questi obblighi. Infatti l'erede, in caso d'inosservanza degli obblighi stessi, sarebbe venuto a risentire un pregiudizio avente carattere di poena (pag. 12 segg.) Questo pregiudizio poteva allora essere anche assai considerevole, perchè, risalendo verosimilmente il divieto a tempi anteriori a quelli in cui furono introdotte le leggi limitatrici dei legati (pag. 32, 33), sarebbe stato completamente rimesso all'arbitrio del testatore stabilire quanto l'erede avrebbe dovuto pagare. Ma, anche indipendentemente da ciò, certo è in ogni modo che il *legatum p. n.*, pur rientrando nella grande famiglia dei legati condizionali, veniva da questi nettamente a distinguersi, perchè, a differenza di quanto verificavasi in tutti gli altri lasciati sub condizione, l'inadempimento della condizione aveva qui per effetto che l'erede fosse tenuto a pagare una poena e a ciò i Romani attribuivano dal punto di vista giuridico un significato del tutto speciale e una speciale importanza. A prescindere dal diverso trattamento fatto ai lasciati sub condizione in confronto a quelli *p. n.*, abbiamo veduto (pag. 20) che, nonostante il divieto, fu sempre permesso far ricorso alla *datio tutoris* per costringere l'erede all'osservanza dei precetti del testatore e ciò perchè la nomina di un tutore sgradito e molesto non aveva il carattere di una vera e propria poena: eppure la *datio tutoris* in tal caso non veniva ad arrecare all'erede un pregiudizio assai grande e non veniva su di lui ad esercitare un'energica ed efficace coazione? Questa speciale importanza attribuita alla poena, la funzione originaria della clausola penale (pag. 31), l'essere stato il concetto di poena per tanto tempo rigorosamente ristretto al solo obbligo di pagare una somma di danaro (pag. 30, 36), il nome di poena dato alla somma stessa (pag. 30 n. 1), l'inegabile nesso che sussiste fra clausola penale e risarcimento del danno (pag. 91) dimostrano chiaramente che i Romani consideravano la clausola penale come una sanzione analoga ed equivalente a quella che era assicurata ai rapporti giuridici tutelati e protetti dalla legge.

Abbiamo dunque che il testatore, ricorrendo al *legatum p. n.*, avrebbe raggiunto lo scopo di attribuire ad obblighi, estranei all'istituzione d'erede e che non rientravano fra quelli che la legge espressamente permetteva d'imporre per testamento, una tutela giuridica

analoga ed equivalente a quella che essi avrebbero avuto, se fossero stati tutelati e riconosciuti dalla legge.

Ora a me sembra che questo scopo, che il testatore si prefiggeva di raggiungere e che, se non avesse fatto ostacolo il divieto, avrebbe effettivamente raggiunto, veniva a trovarsi in aperto contrasto col concetto che allora avevasi del testamento ed è questa appunto la ragione per cui tali lasciti furono dichiarati nulli ipso iure. Per quanto scarse e incomplete siano le nostre conoscenze relative al diritto di tempi così remoti (si rammenti che il divieto risale ai più antichi giureconsulti dell'età repubblicana (pag. 32), non può dubitarsi che il testamento era ancora ben lungi dall'essere ciò che divenne in seguito, vale a dire l'atto di ultima volontà in cui domina sovrano il volere del testatore¹⁾. Esso era allora l'atto destinato alla nomina dell'erede e qualsiasi altra disposizione di natura diversa vi fosse stata scritta, era e doveva necessariamente restare sforzata di protezione giuridica, a meno che la legge non avesse espressamente riconosciuto che tale disposizione potesse essere contenuta nel testamento²⁾. Ciò può dedursi da una serie di indizi che, presi nel loro complesso, rimuovono ogni dubbio a tale riguardo. Sconosciuto era allora il principio dell'ossequio e del rispetto alla volontà del testatore e dominava il favor testamentorum, col quale evidentemente contrasta che questi imponga oneri estranei all'istituzione d'erede. Il concetto che fine essenziale del testamento è l'istituzione d'erede, doveva avere allora un'efficacia assai più decisiva che non ebbe in seguito, perchè vivo era ancora il ricordo del tempo in cui il testamento non aveva altro scopo e altro contenuto che la designazione dell'heres³⁾: e con tale concetto, non meno che coi favor testamentorum, contrasta che il testatore possa imporre gli oneri in que-

¹⁾ Confr. su ciò e sul favor testamentorum specialmente COSTA, *Papiniano*, vol. III.

²⁾ Ferse un ricordo di ciò si ha ancora in *Dig.* 30, 113 § 14: «... nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere».

³⁾ È merito del FADDA aver messo in chiaro con solidi argomenti che il testamento romano non poteva in origine avere per contenuto altro che la nomina dell'erede, confr. *Studi per l'VIII centenario dell'Università di Bologna*, pagina 168 segg. *Concetti fondamentali del Diritto ereditario romano* I, pag. 43 segg.; confr. anche BONFANTE, *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano* IV, pagg. 126, 142-143. *Istituzioni* 4 §§ 200 e 220. *Storia del Diritto romano* 2, pagg. 227, 22.

stione, perchè si servirebbe del testamento a scopi estranei al suo fine e da questo diversi. La stessa validità dei legati, della tutela e della manumissio testamentaria conferma autorevolmente la nostra tesi, perchè convien credere che queste disposizioni, estranee all'istituzione d'erede, furono validamente scritte nel testamento solo quando la legge decemvrale riconobbe espressamente che in esso potessero essere comprese¹⁾.

Persino la facoltà di apporre condizioni alle disposizioni testamentarie si rannoda ad un'espressa disposizione legislativa, perchè è noto che la legge delle XII tavole dettò puranco le norme relative allo statulibero²⁾. Non può quindi far meraviglia che i giureconsulti dell'età repubblicana abbiano reputato che non si potesse ricorrere all'espedito del legato p. n. per imporre all'erede obblighi, che la legge decemvirale non consentiva di imporre nel testamento.

Da questo stesso punto di vista appare poi pienamente spiegabile e giustificata anche la validità dei lasciti p. n. mediante i quali il testatore, con la minaccia di una pena, costringeva l'erede a prestazioni, che arrecavano un vantaggio patrimoniale a una persona determinata, o alla manumissione dei servi. Obblighi siffatti, imposti per testamento all'erede, ricadevano sempre sostanzialmente nel concetto di legato e di manumissio testamentaria e il testatore, costringendo l'erede ad adempierli, non eccedeva i limiti delle facoltà a lui concesse dalla legge decemvirale, perchè questa aveva permesso al testatore di fare elargizioni patrimoniali e di lasciare la libertà agli

¹⁾ FADDA e BONFANTE, op. cit. Qualunque possa essere stata l'origine di queste disposizioni, le fonti a noi pervenute deducono tutte concordemente la loro validità da un'espressa facoltà che la legge decemvirale avrebbe conferito al testatore di inserirle nel testamento: *Dig.* 50, 16, 120. *POMP. libro V ad Q. Mucium: Verbis legis XII tabularum his: «uti legasset suae rei ita ius esto» latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi... ULP.* 19, 27: «*Lege nobis acquiritur velut... legatum ex lege XII tab.*». *Dig.* 26, 2, 1 pr. *GAIVS libro XII ad edictum provinciale. «Lege XII tabularum permissum est parentibus liberis suis... tutores testamento dare».* 20 § 1 eod. *PAULUS libro XXXVIII ad edictum: «Testamento quemlibet possumus tutorem dare... quia lex XII tabularum id confirmat».* *ULP.* 11, 14: «*Testamento quoque nominatum tutores dati confirmantur eadem lege XII tabularum his verbis: uti ligasset» etc.* *ULP.* 1, 9: «*Ut testamento manumissi liberi sint., lex XII tab. facit quae confirmat...*». Confr. anche *GAIO* 2, 224: «... idque lex XII tabularum permitttere videbatur».

²⁾ RICCOBONO-BAVIERA-FERRINI, *Fontes* 1, r. a. I. *Lex XII tab.* 7, 12.

schiavi nel testamento. Ecco perchè i lasciti p. n. in questi casi non solo non erano colpiti dal divieto, ma si fece anzi validamente ricorso ad essi, come ad un lecito espediente, per superare le angustie della forma primitiva della damnatio certa (pag. 31) e forse, in modo analogo, prima del fedecomesso di libertà, per imporre all'erede la manumissione di schiavi, cui non si sarebbe potuta lasciare la libertà diretta.

Se poi si ammette, (pag. 50), che il divieto abbia avuto uno svolgimento nel senso che il legato a titolo di pena, mentre in origine fu valido solo quando serviva a costringere l'erede a dare qualche cosa, valido divenne poi in seguito anche quando serviva ad imporre fatti o astensioni, che arrecavano un utile patrimoniale, apparirà in modo anche più manifesto come per decidere, se l'espediente della pena era o no lecito, gli antichi giureconsulti ricercassero effettivamente solo se gli obblighi così imposti all'erede rientrassero o no fra quelli che la legge permetteva di imporre nel testamento. Al tempo in cui sorse il divieto, mentre nel dover dare qualche cosa si ravvisava un obbligo che poteva riportarsi al concetto di legato, doveva sembrare addirittura impossibile riportarvi il dover fare o non fare, perchè allora il legato consisteva soltanto nell'attribuire la proprietà di una cosa al legatario, o nell'imporre all'erede l'obbligo di darla a costui. Ma ben presto l'ulteriore progresso del diritto permise di ravvisare anche nel factum heredis, diretto a procurare un vantaggio economico a una persona determinata, una prestazione patrimoniale che ricadeva nel concetto di legato, tanto che alla fine si ammise puranco la damnatio al facere¹⁾. La originaria formulazione della regola relativa al divieto e il suo svolgimento coinciderebbero dunque esattamente col concetto originario e con lo svolgimento del legato: la pena sarebbe lecita o illecita secondo, che servirebbe ad imporre all'erede prestazioni, che sembra rientrino o no in tale concetto, e ciò avverrebbe appunto, perchè nell'un caso il testatore non eccederebbe i limiti della facoltà a lui concessa dalla legge decemvirale, nell'altro li sorpasserebbe, costringendo l'erede, con la minaccia di una poena, all'osservanza di obblighi estranei all'istituzione d'erede

¹⁾ Sullo svolgimento del legato, accennato nel testo, confr. FERRINI, *Legati*, pag. 18, 19.

e che la legge non ha espressamente permesso di imporre nel testamento.

§ 6. Però a poco a poco il testamento romano ha subito mutazioni profonde. Nell'epoca imperiale, attraverso i principi dell'antico diritto, appare, e sempre più si fa strada, il concetto che si deve, per quanto è possibile, rispettare la volontà espressa dal testatore nel suo testamento, benchè essa sia diretta a conseguire scopi estranei alla istituzione d'erede, e ciò ha per effetto che anche gli obblighi, che non arrecano un utilità patrimoniale, imposti in quest'atto, finiscono per ottenere, più o meno direttamente, giuridica protezione. Ben presto si riconosce essere ingiusto che il legatario lucri il beneficio a lui largito dal testatore, senza adempiere quanto questi gli ha imposto di fare o di non fare, e si costringe il legatario a dare cauzione all'erede per l'adempimento del *modus* ¹⁾; talora il magistrato interviene *extra ordinem* per assicurare il rispetto alla volontà del defunto ²⁾; la giurisprudenza del tempo degli Antonini e dei Severi sfrutta abilmente i poteri dell'*arbiter familiae erciscundae* ³⁾ e forse anche l'*actio praescriptis verbis* ⁴⁾ per fare in modo che la *voluntas defuncti* non *intercidat* ⁵⁾; finalmente Giustiniano dichiara senz'altro che il giudice deve procurare che siano recate ad effetto tutte le disposizioni date dal testatore, tranne quelle che si riferiscono a una causa turpe ⁵⁾. Con ciò è compiuta una radicale riforma rispetto al testamento, perchè di fronte ad esso vale in diritto Giustiniano proprio il prin-

¹⁾ *Dig.* 35, 1, 40 § 5; 32, 19; 40, 5, 48; 40, 5, 7; 35, 1, 71, 1; 92. PERNICE, *Labeo* III, pag. 37. MITTEIS, *Roem. Privatrecht* I, pag. 197, n. 7.

²⁾ *Dig.* 5, 3, 50 § 1 (su questo confr. *Cod.* 3, 44, 5; 6, 35, 5) 34, 2, 38 § 2; 32, 11 §§ 23-25; 33, 1, 7; 40, 4, 17 § 1. MITTEIS, op. cit., pag. 198, nn. 11 e 12. PERNICE, op. cit., pagg. 37, 38. Valido è anche il divieto di manumissione. *Dig.* 40, 1, 4 § 9; 40, 4, 9 § 1 *Cod.* 7, 2, 7.

³⁾ *Dig.* 33, 1, 7; 10, 2, 18 § 2. *Cod.* 3, 36, 5 (su questa confr. BASILICI 42, 3, 61 scolio 1); confr. anche *Dig.* 40, 1, 4 § 9.

⁴⁾ *Dig.* 10, 2, 18 § 2. Su questa azione confr. da ultimo MITTEIS, op. cit. pagina 197. n. 10.

⁵⁾ *Dig.* 33, 1, 7 in fine: «sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur ad effectum perducere». Sull'interpolazione sicura di queste parole confr. PERNICE, op. cit., pagg. 39 e 175. BONFANTE, *Istituzioni* ⁴⁾, pag. 512, n. 1. MITTEIS, op. cit., pag. 198, n. 14. PEROZZI, *Istituzioni* II, pag. 438, n. 2. Confr. anche *Dig.* 40, 4, 44: «officio tamen iudicis eos esse compellendos testatrici voluntati parere». PERNICE, op. cit., pag. 24, n. 4 e pag. 175. In generale sulle interpolazioni e sulla tendenza giustiniana, per quanto concerne questa materia, confr. GRADENWITZ, *Interpolationen*, pag. 170 segg. e WINDSCHEID, *Pand.* III. § 678.

cipio opposto a quello che vigeva in antico: mentre prima una disposizione testamentaria in tanto poteva avere giuridica protezione, in quanto la legge avesse dato al testatore la facoltà di inserirla nel testamento, ora, in omaggio alla voluntas testantium, qualsiasi disposizione scritta dal testatore deve osservarsi, purchè non sia turpe o espressamente vietata dalla legge.

Tutto ciò evidentemente non poteva non avere una decisiva influenza sul divieto dei legati p. n., il quale frattanto, al cadere della repubblica e al principio dell'impero, aveva avuto il suo pieno svolgimento. Movendo dal principio nuovo, ignoto al diritto antico, del rispetto e dell'ossequio alla volontà del testatore, la ragione giustificatrice del divieto più non s'intende e da questo punto di vista è indubbiamente nel vero il Fadda ¹⁾ quando osserva che « assai bene si adatta all'atto di ultima volontà una disposizione che permette al paterfamilias di continuare la sua autorità sui familiari e di prendere le precauzioni opportune per assicurare l'esecuzione di ciò che post mortem suam fieri velit ». Ma v'è di più: in molti casi il diritto apprestava altri mezzi per raggiungere quei medesimi scopi, che non si potevan raggiungere mediante lasciti p. n. tanto che il divieto veniva ad assumere una mera importanza formale. Così p. e. il testatore non poteva onerare il legatario di un fidecommissum p. n.; ma questi era tenuto a dar cauzione per l'adempimento del modus. Un'idea, di quale doveva essere su questo punto lo stato di diritto nell'epoca classica, ci è data dal seguente fr. di Scevola.

Dig. 32, 41, § 9, Scaevola, lib. XXXIII *Digestorum*: « 'Agri plagam, quae est in regione illa. Maevis Publio et Gaio transcribi volo praetio facto viri boni arbitrato et hereditati illato duplae evictione expromissa reliquis heredibus, ita ut sub poena centum promittant eam agri plagam partemve eius ad Seium posterorve eius non perventuram quaquaratione' quaesitum est cautio, quae interponi debeat secundum voluntatem, pro quota parte cuique praestanda sit Respondit pro ea portione quae ex fideicommissum praestatur ».

Qui il testatore, che non potrebbe costringere mediante una disposizione p. n. gli eredi Publio e Gaio Mevio a non far pervenire mai la zona di terreno loro lasciata a Seio e a' suoi posteri, rag-

¹⁾ FADDA, *Concetti cit.* I, pag. 57.

giunge pienamente questo stesso scopo, imponendo validamente loro l'obbligo di stipulare una penale di cento a favore dei coeredi ¹⁾.

Il divieto veniva pertanto a cozzare direttamente con i principi nuovi: i giureconsulti acuivano il loro ingegno per assicurare giuridico riconoscimento ai *praecepta* del testatore, il divieto dei *lasciti* p. n. tendeva allo scopo opposto; esso doveva perciò necessariamente scomparire. Questo non accadde fin dall'epoca classica, sol perchè il principio dell'ossequio e del rispetto alla volontà del testatore si venne lentamente svolgendo accanto alle norme dell'antico diritto, le quali rimasero ancora per gran tempo in vigore ²⁾. Doveva però necessariamente avvenire del divieto ciò che suole accadere di tutti gli antichi principi di diritto, che rimangono ancora in vita solo per forza di tradizione: a poco a poco più non se ne ravvisò la originaria ragione giustificatrice. Non può quindi far meraviglia che gli stessi giureconsulti classici abbiano addotto a giustificazione del divieto ragioni infondate, come sono quelle che leggiamo in Teofilo: chi ricorse al principio della benevolenza, chi a quello della nullità del legato in arbitrio *heredis*. Questa vetustissima regola formava oggetto di dispute per la sua oscurità, come emerge chiaramente dal fatto che in Teofilo ne troviamo addotte due diverse spiegazioni. E questa oscurità e queste incertezze non sono state forse senza influenza sull'ulteriore elaborazione scientifica del divieto e sulle ulteriori applicazioni ³⁾.

Ai dubbi e alle incertezze ha posto fine Giustiniano con una riforma che è ben lungi dal meritare le censure che ad essa muove il Ferrini ⁴⁾, perchè il divieto altro non era oramai in realtà che una '*supervacua observatio veterum legum*', che impediva di recare ad effetto la volontà del testatore, una '*scrupolositas*' incompatibile con la legislazione del tempo. Giustiniano (Cod. 6, 41 Ist. 2, 20 § 36) proclama il principio che il testatore può ora sempre validamente far ricorso ai *lasciti* p. n. pro implenda sua voluntate, tranne che per

¹⁾ L'obbligo della cauzione imposta agli eredi per impedire l'alienazione dei beni ereditari appare anche in un altro fr. di SCEVOLA, *Dig.* 32, 38 § 7.

²⁾ COSTA, op. cit., pag. 3.

³⁾ Ciò può spiegare, perchè il divieto fu esteso anche al testamento militare. Ist. 2, 20 § 36.

⁴⁾ *Legati*, pag. 71. Sul fr. di POMPONIO, *Dig.* 30, 54 pr. ivi citato a nota 5, confr. pag. 56.

imporre agli onerati fatti vietati dalla leggi, turpi o impossibili¹⁾. Indubbiamente il concetto che ispira la riforma è quello stesso che appare nella chiusa interpolata del famoso fr. di Pomponio ad Quintum Mucium:

Dig. 33, l. 7 Pomponius libro VIII *ad Q. Mucium*: «... et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est. *Sed interventu iudicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perducì*».

L'ordine dato al giudice di curare che abbiano esecuzione le disposizioni prima protette dalla sola auctoritas del testatore, e la facoltà a questi conferita di ricorrere ai lasciti p. n. pro implenda sua voluntate altro non sono che la logica e necessaria conseguenza del trionfo della voluntas testantium nel testamento romano.

IV.

I lasciti poenae nomine validi.

Le fonti ci hanno conservato alcuni esempi di disposizioni testamentarie penali valide; essi meritano un esame accurato, sia perchè, anche in sè considerati, sono il più delle volte assai interessanti, sia poi perchè danno modo di ricostruire, almeno in parte, le linee fondamentali della teoria dei lasciti a titolo di pena validi e di chiarire qualcuno dei punti più ardui della teoria relativa alla pena

¹⁾ Il carattere penale della disposizione impedisce di applicare a questi lasciti la regola Sabiniana relativa alle condizioni impossibili, illegali e turpi nei testamenti (BUONAMICI, *Rivista italiana per le Scienze giuridiche*, volume XXXIX, pag. 61 segg.), per modo che la disposizione è nulla, come è nulla la stipulatio poenae sotto tali condizioni (Dig. 45, l. 61; 69; 123; 134; Cod. 8, 38, 2 etc.). L'opinione del prof. F. LONGO (*Studi in onore di C. Fadda*, vol. VI, pag. 178 segg.) che anche ai lasciti p. n. sia applicabile tale regola, la quale però, attesa la struttura penale di questi lasciti, condurrebbe alle conseguenze opposte e quelle che si verificano applicandola ai lasciti condizionali, non pare possa essere accolta (in questo senso già BUONAMICI, l. c.). Anche in diritto classico, nonostante la regola Sabiniana, le disposizioni p. n. erano nulle a cagione del divieto. SCIALOJA, *Buttettino dell'Istituto di dir. rom.*, VIII, pag. 37, 38, XIV, p. 186 n. l. MANENTI in *Studi in onore di V. Scialoja*, I, p. 421 n. l.

convenzionale. Alcuni di questi esempi si riferiscono ai legati, altri alle manumissioni e tanto gli uni che gli altri talora assumono la forma di disposizioni penali semplici o principali, talora quella di disposizioni penali doppie o accessorie.

1. — LEGATI.

A) *Disposizioni penali accessorie.*

§ 1. Il doppio legato della *penus*; importanza dei testi ad esso relativi; la controversia su questo legato. - § 2. Opinione di Giuliano: Dig. 36, 2, 19 pr. § 1. - § 3. Esame del fr. di Ulp. Dig. 33, 9, 1. - § 4. Opinione di Paolo: Dig. 36, 2, 24. - § 5. Esame del fr. di Paolo: Dig. 35, 2, 1, 8. - § 6. Analogie e differenza fra la teoria di Giuliano, Marcello e Ulpiano e quella di Paolo. - § 7. Il punto fondamentale della controversia. - § 8. La causa di estinzione del legato secondo la teoria giulianea. - § 9. La causa di estinzione del legato secondo la teoria di Paolo: antinomie tra la *ademptio tacita* e le risultanze dei testi. - § 10. La *translatio legati* e la quasi *novatio* nella doppia *stipulatio poenae*: interpolazioni relative: quale era a nostro avviso l'opinione di Paolo sul legato e sulla *stipulatio poenae*. - § 11. La novazione al cadere dell'epoca classica. - § 12. La novazione e la doppia *stipulatio poenae*. - § 13. Esame del fr. di Paolo: Dig. 44, 7, 44 § 6. - § 14. Perché i bizantini parlano di quasi *novatio* invece che di *novatio*. - § 15. Se la causa estintiva nella *translatio* sia sempre l'*ademptio tacita*. - § 16. La *translatio iuris civilis* nel legato per *damnationem* e la *translatio pretoria* negli altri legati e nei fedecommissi: analogie con la *novatio*. - § 17. La teoria di Paolo sul doppio legato. - § 18. La controversia sul doppio legato della *penus* secondo il diritto giustiniano.

§ 1. Crediamo necessario cominciare il nostro esame dalle disposizioni penali doppie o accessorie, anziché da quelle semplici o principali, perchè le conclusioni che trarremo dal nostro studio ci gioveranno per meglio conoscere e per completare quanto dai testi risulta relativamente a queste ultime.

In materia di legati le fonti non ci hanno conservato che un solo esempio di disposizione penale accessoria, quella del doppio legato « *heres meus penum dato; si non dederit, centum dato* ». Questo doppio legato, che trova esatto riscontro nella forma tipica della doppia *stipulatio poenae*: « *Pamphilum dare spondes? Si non dederis, centum dare spondes* », appare esaminato e discusso in quattro lunghi fr. delle Pandette (Dig. 36, 2, 19 pr. e § 1; 33, 9, 1; 36, 2, 24 pr.; 35, 2, 1 § 8), i quali hanno evidentemente una importanza addirittura fondamentale nella teoria clausola penale; e infatti essi hanno formato oggetto di studio specialmente da parte degli scrittori che si sono occu-

pati di tale teoria¹⁾. Ma questi fr. sono stati in parte alterati dai compilatori e ciò, a nostro avviso, ha impedito che essi fossero rettamente interpretati e che ne fosse interamente ed esattamente apprezzata tutta la loro importanza.

Da questi quattro fr. apprendiamo che sulla costruzione giuridica di questo tipo di disposizione a titolo di pena, non v'era accordo tra i giureconsulti, perchè essi ricordano un'opinione seguita da Giuliano, da Marcello e da Ulpiano, il quale anzi la dà addirittura come uno *ius certum* ai suoi tempi (Dig. 33, 9, 1); e un'altra opinione a questa contraria, sostenuta da Paolo.

§ 2. La prima opinione, che probabilmente mette capo a Giuliano e che perciò chiameremo giulianea, deve essere esaminata prima dell'altra, perchè è certamente più antica.

Dig. 36, 2, 19 pr. § 1. Iulianus *libro septuagesimo digestorum*

« Cum sine praefinitione temporis legatum ita datum fuerit: "uxori meae penum heres dato: si non dederit, centum dato" unum legatum intelligitur centum et statim peti potest, penoris autem causa eo tantum pertinet ut ante litem contestatam tradita peno heres liberetur. § 1. Quod si ita scriptum sit: "si penum intra kalendas non dederit, centum dato," non efficitur ut duo legata sint, sed ut centum legata sub condicione videantur: idcirco, si uxor ante kalendas decesserit, heredi suo neque penum relinquet, quia legata non est, neque centum, quia dies legati cesserit, necesse est legataria viva ».

Qui dunque Giuliano sostiene che, invece di due legati, non se ne ha che uno, diretto alla somma di danaro; distingue poi il caso in cui non è prescritto un termine per la dazione della penus da quello in cui il termine fu posto. Se il termine non c'è, il legatario può subito richiedere la somma di danaro; ma l'erede sino alla contestazione della lite ha la facoltà di liberarsi dall'obbligazione di dare la somma prestando la penus e ciò perchè questa non ha altro scopo nel legato in questione che quello di procacciare la liberazione all'erede, se viene prestata prima della contestazione della lite. Se invece fu posto un termine per la dazione della penus, si ha pur

¹⁾ Su di essi confr. da ultimo PERGAMENT, *Conventionalstrafe und Interesse*, pag. 5 sgg. e SIBER, *Interpellatio und Mora* in *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vol. XXIX (1906), pag. 90 segg.; FERRINI, *Legati*, pag. 481 non ne dà che un cenno assai breve e poco esatto.

sempre un solo legato di cento, ma tale legato diverrà condizionale, cioè i cento saranno legati sotto la condizione: se l'erede non vorrà prima del termine dare la penus. Da ciò deduce Giuliano che, se la legataria muore prima del termine, nulla trasmette agli eredi; non la penus, perchè non era legata, e neppure i cento, perchè la condizione che la penus non fosse data nel termine non si avverò prima della sua morte.

§ 3. Dig. 33, 9, 1. Ulpianus libro vigesimo quarto *ad Sabinum*

«Uxori suae in annos singulos penoris aliquid heres dare iussus est, si non dedisset, nummos dare damnatus est: quaeritur an penus legata peti possit an vero solummodo sit in praestatione et, si non praestetur, tunc quantitas petatur. Et si quidem semel penus sit legata, non per singulos annos, certo iure utimur, ut et Marcellus libro trigesimo nono digestorum apud Iulianum notat, in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse. Habebit igitur heres oblationem tamdiu, quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur, nisi forte aliud tempus vel mente vel verbis testatur praestituit. Quod, si in annos singulos penus legata sit, per singulos annos penus adhuc poterit praestari, si minus, summae per singulos annos petentur. Quid ergo, si una summa legata sit et primo penus non sit praestita? Utrum tota summa debeatur quasi toto penoris legato transfuso, an vero quantitas primi anni aestimationis sola sit translata, dubitari potest. Puto tamen sic voluntatem sequendam testatoris, ut sola summa ilico, postquam cessaverit heres dare penum uxori, praestetur, heredis indevotione coercenda».

Che questo testo sia stato largamente interpolato è fuori di dubbio: alle interpolazioni già rilevate dal Fabro e dal Lenel¹⁾, può con tutta certezza aggiungersi quella della frase: «quasi toto penoris legato transufo, an vero quantitas primi anni aestimationis sola sit translata» nella quale frase appare una teoria diversa da quella seguita in questo stesso testo da Ulpiano, in conformità di Giuliano e di Marcello, e che era invece, come vedremo, sostenuta da Paolo. Ciò non ostante è certo che, se si prescinde dalla questione principale trattata nel testo, questione che ha per noi scarsa importanza e sulla quale per brevità non ci intratterremo, qui ci è stata conservata ab-

¹⁾ PERGAMENT, op. cit. pag. 5.

bastanza esattamente un'altra testimonianza dell'opinione giuliana. Ulpiano ricercava a che cosa fosse tenuto l'erede nel caso che la penus non fosse stata lasciata per una sola volta; ma in singulos annos. Il caso non era tanto semplice, perchè alle difficoltà, che almeno aveva fatto sorgere in antico il legato annuo, venivano ad aggiungersi da una parte quelle generali che presentava per sè questo tipo di legato penale, dall'altra quella speciale relativa all'unicità o alla pluralità del legato della somma. Ulpiano per risolvere l'elegante questione comincia dal ricercare quale sia il contenuto del legato e prende naturalmente le mosse dal caso più semplice, che è appunto quello che a noi interessa direttamente, perchè è il caso stesso trattato da Giuliano, dal caso cioè che la penus non sia legata annualmente, ma una sola volta. Rispetto a questo caso Ulpiano non ha dubbi (certo iure utimur): la penus è soltanto in praestatione e l'erede avrà la facoltà, sino a che non si contesti con lui la lite per la somma, di offrire la penus alla legataria ed aggiunge che tale era anche l'opinione di Marcello. È evidente che quanto qui dice Ulpiano concorda esattamente con quanto diceva Giuliano nel testo precedente, cioè che il legato è unico ed ha per contenuto la somma di danaro.

§ 4. Ma Paolo la pensa diversamente.

Dig. 36, 2, 24 Paulus libro sexto *ad legem Iuliam et Papiam*: « Si penum heres dare damnatus sit vel fundum et, si non dedisset, decem, ego accepi et penum legatum et translatum esse in decem, si noluerit heres penum dare et tunc pecuniam deberi, cum interpellatus fundum non dedisset, et, si interea decesserit legatarius, tunc heredi eius nonnisi fundum deberi. Namque cum dictum est "at Publicius fundum dato" perfectum est legatum et cum dicit: "si non dederit, centum dato" sub condicione fundi legatum ademptum videri eo casu, quo centum deberi coeperint. Quorum, quia condicio vivo legatario non extiterit, forte quia interpellatus heres non sit, evenit ut ademptio nihil egerit fundique legatum duraverit ».

È certo che questo testo non è stato scritto proprio così da Paolo: basterà notare lo scambio che v'è in principio tra penus e fundus ¹⁾;

¹⁾ La menzione del fondo è stata evidentemente aggiunta dai compilatori, i quali hanno con ciò voluto mettere in rilievo che non si trattava di una decisione propria del legato della penus: non è poi il caso di pensare, come ritiene SIBER,

nella parte finale poi non si parla più di penus e le frasi « cum dictum est... » « et cum dicit... sub condicione fundi legatum ademptum videri eo caso quo centum deberi coeperint » rivelano in modo manifesto la mano dei compilatori¹⁾ In ogni modo, per quanto alterato, questo fr ci presenta un'opinione assai interessante.

Paolo qui torna ad esaminare questo tipo di legato e ammette, contrariamente a quanto ritenevano Giuliano, Marcello e Ulpiano, che anche la penus sia legata e che quindi i legati siano due. Però l'erede non dovrà che o la penus o la somma, perchè, se l'erede non darà la penus, questo legato s'intenderà translato nell'altro. Il testo spiega abbastanza compiutamente come avvenga l'estinzione dell'uno e dell'altro legato. Il secondo legato è condizionale e la condizione è appunto che l'erede non dia il fondo; quindi, se tale condizione manca, il secondo legato è estinto, perchè non si è verificata la condizione. Il primo legato, dice il testo, è *perfetto*; ma nell'erezione del secondo legato deve vedersi una tacita ademptio condizionale del primo; e questa ademptio, qualora si verifichi la condizione cui essa è sottoposta, dovrebbe produrre l'estinzione di tale legato.

Questa teoria applica Paolo al caso, già trattato da Giuliano, che il legatario premuoia al verificarsi della condizione apposta al legato della somma di danaro, e, mentre Giuliano diceva che il legatario nulla avrebbe trasmesso ai propri eredi, qui Paolo ritiene invece che sarà loro dovuto il fondo. Vedremo in seguito se ciò possa conciliarsi con l'esistenza di questa tacita ademptio.

§ 5. L'opinione di Paolo, in antitesi a quella giulianea, appare nuovamente in questo testo:

35, 2. 1. 8 Paulus *libro singulari ad legem Falcidiam*: « Item si ita legatum sit: 'heres meus Seio penum dato; si non dederit decem dato; quidam putant omnimodo in legato decem esse, penum autem mortis causa capi nec in Falcidiam imputare id heredem posse. Ego autem didici: Si in continenti heres penum solverit, videri hoc legatum esse et in legem Falcidiam imputari posse: et quod dixi: "in continenti" ita accipiendum cum aliquo spatio. Quod si iam mora

Zeit. cit. pag. 94, n. 1, che il legato della penus non potesse essere trasferito in uno di danaro, perchè ciò è espressamente ammesso da Paolo Dig. 35, 2, 1, 8.

¹⁾ SIBER, *Zeit. cit.* pag. 93, 95 ritiene interpolata la menzione dell'interpellatio in questo testo

facta solverit heres penum, tunc nec legatum eum accepisse nec in Falcidiam imputari posse: iam enim transfusum legatum esse et decem deberi ».

Anche questo fr. presenta notevoli difficoltà. Dando alla frase « imputare in Falcidiam » il significato, (che a rigore non avrebbe, ma che qui ha necessariamente, come risulta in modo non dubbio dal contesto) di « valutare il legato agli effetti della Falcidia » ¹⁾, tale fr. ci insegna che alcuni giureconsulti ritenevano che il doppio legato « *heres penum dato ect.* » dovesse considerarsi e valutarsi come un unico legato avente sempre per contenuto la somma di danaro, anche se l'erede avesse soddisfatto il legatario con la prestazione della *penus*. Paolo invece faceva una distinzione: se l'erede dava la *penus* prima della *mora*, riteneva che oggetto del legato fosse appunto la *penus* e che quindi il legato stesso agli effetti della Falcidia dovesse computarsi secondo il valore della *penus*. Se invece l'erede fosse incorso nella *mora*, contenuto del legato erano i dieci e per tale somma doveva computarsi, anche se l'erede avesse effettivamente dato al legatario la *penus*, perchè tale dazione non poteva impedire che contenuto del legato fossero pur sempre i dieci e che appunto questi fossero dovuti dall'erede, essendosi il legato della *penus* dopo la *mora*, trasfuso in quello dei dieci.

A mio avviso, non può menomamente dubitarsi che anche questo testo sia stato largamente interpolato. La frase « imputare in Falcidiam » (nota giustamente il Gotofredo) viene qui adoperata in senso contrario a quello che ha almeno normalmente, perchè essa, in generale si adopra in relazione agli acquisti che l'erede fa « *iure hereditario* » e che diminuiscono la sua Falcidia, mentre invece qui ha il significato di valutare i legati agli effetti della Falcidia. Nè questa è la sola irregolarità che questo testo presenta. L'« *Item* », con cui esso comincia, malamente lo riconnette al § precedente; le frasi « imputare posse » o « non posse » talora sono illogiche, presupponendo che l'erede voglia fare o non fare, ciò che invece in realtà non farebbe o farebbe, perchè verrebbe a risentirne un danno o un vantaggio; notevoli infine sono le espressioni: « *nec legatum eum accepisse* » « *iam enim transfusum legatum* », nella prima delle quali il pronome *eum*

¹⁾ Anche SIBER, l. c., rileva ciò.

grammaticalmente dovrebbe riferirsi ad *heres* e nella seconda ritorna la stessa espressione dei compilatori: «*transfusum legatum*», che già incontrammo nella legge 33, 9, 1.

Con tutta probabilità questo strano uso del verbo 'imputare' si spiega tenendo presente che il testo trattava in origine la questione se il lucro, che risentiva l'erede pagando la *penus* invece della somma di danaro, somma che era certamente superiore al valore della *penus*, dovesse o no essere da lui imputato nella quarta. Per risolvere tale questione occorreva vedere se tale lucro poteva dirsi acquisito all'erede iure hereditario o non piuttosto per fatto proprio¹⁾. Ammettendo che la *penus* fosse validamente legata, è facile intendere che tale lucro non poteva profittare all'erede, perchè egli, dandola, non faceva che estinguere una sua obbligazione, mentre invece, con la contraria teoria di Giuliano, doveva venirsi alla conclusione opposta, perchè, non essendo la *penus* validamente legata, l'erede non era tenuto a darla, e, se la dava, tale dazione non poteva considerarsi che come un atto volontario da parte sua. Agli effetti della Falcidia pertanto tale legato si doveva valutare come avente per oggetto solo la somma, e il vantaggio, che risentiva l'erede, se avesse dato la *penus*, non doveva imputarsi nella Falcidia, perchè a lui derivava, dall'aver volontariamente estinto un onere maggiore con una volontaria prestazione minore. Naturalmente questa questione si riconnetteva anche all'altra relativa alla valutazione del legato agli affetti della Falcidia e i compilatori, forse ritenendo superflua la discussione che faceva Paolo, hanno accorciato il testo, malamente adottando la frase «imputare in Falcidia» che era nel testo originale.

Ma, checchè si pensi su tutto ciò e sulla questione relativa alla Falcidia, ciò che a noi importa rilevare è che le due opinioni che in questo testo, appaiono, concordano esattamente con quella di Giuliano, Marcello e Ulpiano da una parte e di Paolo dall'altra. L'unicità del legato, l'aver esso per contenuto soltanto la *penus* è quanto insegna Giuliano in Dig. 36, 2, 19 e quanto ripete poi Ulp. Dig. 33, 9, 1 per modo che i *quidam* di cui si fa parola nel testo sono indubbiamente costoro. La duplicità del legato, la possibilità che l'erede sia tenuto a dare la *penus* o la somma, l'essere la *mora* ciò che deciderà

¹⁾ Confr. FERRINI, *Legati*, pag. 488.

se è dovuta l'una o l'altra, perchè verificandosi essa il primo legato sarà translato nel secondo, è quanto lo stesso Paolo in modo più chiaro ed esauriente insegna in Dig. 36, 2, 24. Può dunque ritenersi che da questo punto di vista il testo in esame non abbia subito alterazioni sostanziali di grave momento.

§ 6. Riassumendo quanto risulta dai fr., che siamo venuti esaminando, abbiamo innanzi tutto che, se si prescinde dalle questioni particolari che vi sono trattate, essi appaiono tutti concordi in questo che, pur avendosi in realtà di due legati: « heres meus penum dato - si non dederit, centum dato », l'erede è sempre tenuto a una sola prestazione: il cumulo tra la penus e la somma è costantemente escluso. Ma le due opinioni di Giuliano e di Paolo, pur concordando su questo punto fondamentale, presentano sostanziali differenze teoriche e pratiche. Per Giuliano il legato della penus non è in obligatione e non costituisce una prestazione che può essere richiesta giudiziarmente all'erede. Per Paolo invece il legato della penus è pienamente valido dal punto di vista giuridico, tanto che l'erede può persino essere costituito in mora, se non vuole darlo; Giuliano riporta questo tipo di legato, se non c'è termine per la dazione della penus, all'obbligazione facoltativa ¹⁾, se c'è termine, alla obbligazione condizionale; Paolo invece nell'uno e nell'altro caso lo riporta alla « translatio sub conditione ».

Questa differente costruzione giuridica conduce a notevoli differenze pratiche:

a) Giuliano ammette che, se non c'è termine, il legatario può subito chiedere la somma, ma l'erede avrà diritto di liberarsi da tale obbligazione prestando la penus sino a che non sia contestata la lite (Dig. 36, 2, 19). Paolo invece sembra non ammettere che il legatario possa chiedere la somma prima che l'erede sia stato costituito in mora mercè interpellatio e, questa avvenuta, contenuto del legato è irrevocabilmente solo la somma, tanto che l'erede non può più liberarsi dando la penus (Dig. 36, 2, 24).

b) Se l'erede dà la penus, tale acquisto costituisce per il legatario, secondo Giuliano, solo una capio mortis causa; per Paolo invece tale acquisto avviene iure legati (Dig. 35, 2, 1, 8).

¹⁾ Tale è anche giustamente l'opinione del FERRINI, *Pand.* § 416, mentre in generale gli scrittori qui parlano di obbligazione alternativa.

c) Se non c'è termine, secondo Giuliano, il legato è puro e diretto alla somma di danaro, salva all'erede la facoltà di liberarsi dando la penus; esso perciò è trasmissibile, purchè il legatario muoia dopo l'apertura delle tavole testamentarie (Ulp. XXIV, 31). Se fu prescritto un termine alla dazione della penus, la morte del legatario, avvenuta prima che esso sia trascorso, avrà per effetto che egli nulla trasmetterà agli eredi (Dig. 36, 2, 19). Secondo Paolo invece il secondo legato sarebbe sempre condizionale, ma se il legatario muore prima della mora, trasmetterà agli eredi il solo legato della penus, se muore dopo, solo quella somma (Dig. 36, 2, 24).

d) Agli effetti della Falcidia, secondo Giuliano, non viene in considerazione che il legato della somma; secondo Paolo, l'incorrere dell'erede nella mora determinerà, se debba valutarsi quello della penus o della somma (Dig. 35, 2, 1 § 8).

§ 7. Ora, se ben si osserva, il punto fondamentale in cui divergono l'opinione di Giuliano e di Paolo e a cui si riportano, come conseguenza, le diverse soluzioni date sulle singole questioni, è quello relativo alla validità o meno del primo legato, validità negata da Giuliano ed ammessa invece da Paolo. E d'altra parte tutte le difficoltà, che presenta questo tipo di legato, dipendono dal fatto che, pur avendosi due legati, l'erede non è tenuto che ad una sola prestazione: se fosse possibile concepire questo rapporto come un rapporto cumulativo nel senso che, se l'erede non dà la penus, sarà obbligato al pagamento tanto della penus quanto della somma, non sarebbe sorta nessuna difficoltà, perchè si sarebbero avuti due legati, l'uno puro e l'altro condizionale, e il verificarsi o il mancare della condizione avrebbe avuto per conseguenza che l'erede sarebbe stato tenuto al pagamento dei due legati o di quello della penus soltanto. Ammettendo invece, come appare dai nostri testi, che l'erede debba la penus, ma se non la dà, sarà tenuto, invece di essa, al pagamento della somma, sorge la difficoltà di spiegare come il primo legato vada estinto, difficoltà che in diritto classico non doveva essere tanto lieve, perchè quel legato era formalmente valido e la disposizione, anche presa nel suo complesso, sembrava non contenere di esso nessuna causa formale di estinzione. Delle cause di estinzione di questo legato secondo l'una e l'altra teoria dobbiamo fare un accurato esame, perchè se ne possono trarre conclusioni importanti.

§ 8. Cominciamo dall'opinione di Giuliano. Non può, a nostro avviso, menomamente dubitarsi che questo giureconsulto negasse che la *penus* fosse in *obligatione*, perchè riteneva che venisse ad essere rimesso all'arbitrio dell'erede il darla o non darla ¹⁾. Ciò risulta con tutta certezza dal fatto che Giuliano, in mancanza di un termine prefisso dal testatore, considerava il dare la *penus* come una facoltà rilasciata all'erede, della quale questi poteva far uso solo se lo credesse opportuno, senza che a ciò potesse essere astretto ²⁾. Evidentemente Giuliano per giungere a questo risultato si fondava sopra un'assai logica e naturale interpretazione della *condicio*: si non *dederit* apposta al secondo legato. Questa è una condizione potestativa, e nelle condizioni potestative, per dirla con le stesse parole del nostro Ferrini ³⁾, il testatore ha principalmente di mira l'atto di volontà dell'onerato che si piega al comando di lui; perciò Giuliano interpretava la *condicio* si non *dederit* nel senso «se l'erede non vorrà dare la *penus*». Da ciò egli deduceva l'invalidità del primo legato, perchè, avendo il testatore espressamente preveduto il caso che l'erede non avesse voluto dare la *penus*, e avendo stabilito che, ciò verificandosi, egli non dovesse essere costretto a prestarla, ma dovesse invece essere tenuto a dare una cosa diversa, il relativo legato, per quanto formalmente perfetto, era di per sè invalido, perchè il testatore aveva rimesso all'arbitrio dell'erede il darlo o non darlo ⁴⁾.

E sulla stessa interpretazione della *condicio* si non *dederit*, credo,

¹⁾ Sui limiti di applicazione di tale principio, e sulle varie questioni FERRINI, *Legati*, pag. 164. Lo stesso principio vige per la *stipulatio*, Dig. 45, 1, 108, 1 ed è quindi naturale che anche nella *stipulatio poenae* si presenti la stessa teoria (arg. Dig. 44, 7, 44, 6, WINDSCHEID, *Pand.* § 285, n. 16), la quale evidentemente in tanto può trovare applicazione, in quanto si tratti di una disposizione penale accessoria. Pertanto l'opinione di GIULIANO differisce sostanzialmente da quella addotta da TEOFILO per giustificare la nullità dei lasciti p. n. (pagg. 53, 54). E infatti GIULIANO non dubita in verun modo della piena validità dei legati sotto condizione potestativa dell'erede (Dig. 36, 2, 19 § 1).

²⁾ Dig. 36, 2, 19: «*penoris autem causa eo tantum pertinet, ut ante litem contestatam tradita penu heres liberetur*»; 33, 9, 1: «... in praestatione esse dumtaxat penum, quantitatem vero et peti posse. Habebit igitur heres oblationem tamdiu quamdiu lis cum eo de pecunia contestetur...».

³⁾ *Legati*, pag. 361.

⁴⁾ Può pensarsi che Giuliano giungesse a tale risultato considerando il primo legato come sottoposto alla condizione contraria (si *dederit*) a quella apposta al secondo (si non *dederit*) (arg. Dig. 30, 68 § 2) la quale condizione, «si *dederit*», come diciamo nel testo, veniva ad essere intesa nel senso: «si *voluerit dare*».

si fondi anche l'acuta ed ingegnosa distinzione che appare in Dig. 36, 2, 19 pr. e § 1, tra il caso in cui il legato della penus sia sottoposto a termine e quello in cui il termine manca. È appunto perchè Giuliano interpreta tale condizione nel senso: se l'erede non *vorrà* dare la penus, che nel secondo caso egli può giungere alla conclusione che si ha un solo legato *puro* di cento, con facoltà da parte dell'erede di liberarsi dando la penus prima della contestazione della lite. Invero, muovendo da tale interpretazione, l'incertezza se l'erede darà o no la penus, non rende condizionale il legato della somma, perchè la *facultas* lasciata al debitore di liberarsi dall'obbligazione con una diversa prestazione, non sospende il diritto del creditore a chiedere ciò che è in obligatione. Dunque il legato dei cento è puro, e in tal modo Giuliano supera elegantemente la difficoltà che avrebbe presentato il determinare quando la condicio si non dederit poteva dirsi mancata ed evita così anche le conseguenze rigorose della cessio diei nei legati condizionali. Invece, se è posto dal testatore un termine per la dazione della penus, il senso della disposizione è diverso e diversa è anche la sua natura giuridica. In tal caso l'erede è tenuto al pagamento della somma, solo se entro il termine prefisso dal testatore egli non vuole dare la penus; quindi, finchè il termine non è trascorso, non solo il legatario non può chiedere la somma, ma è anche incerto se questa sarà a lui dovuta, perchè il legatario potrebbe dare la penus: tale incertezza rende necessariamente condizionale il legato.

Concludendo: a nostro avviso, è certo che, secondo la teoria giulianea l'invalidità del legato della penus dipende dal fatto che nella disposizione in esame tale legato verrebbe ad essere rimesso all'arbitrio dell'erede.

§ 9. Apparentemente più semplice, ma in realtà è invece assai più arduo spiegare l'estinzione del legato secondo la teoria di Paolo. Stando a quanto risulta espressamente dalla l. 24 Dig. quando dies leg. cedat, 36, 2, tale estinzione avverrebbe per effetto di una tacita ademptio condizionale: « Namque » dice questa legge « cum dictum est: 'at Publicius fundum dato, ' perfectum est legatum et cum dicit, 'si non dederit, centum dato, ' *sub condicione fundi legatum ademptum videri eo casu, quo centum deberi coeperint* ».

Ma, se Paolo ammetteva realmente l'esistenza di questa tacita ademptio, doveva di necessità ritenere anche che il legato tacitamente

adempto o restasse estinto ope exceptionis¹⁾, o venisse ad essere sottoposto alla condizione contraria a quella dell'ademptio²⁾ e che quindi il legato stesso non sarebbe stato dovuto, sol perchè non si sarebbe verificata la condizione cui esso era subordinato. Però ambedue queste ipotesi sono inconciliabili con quanto risulta dai nostri testi. Nel secondo dei fr. di Paolo il legato appare evidentemente estinto ipso iure (Dig. 35, 2, 1 § 8 .. quod si iam mora facta solverit heres penum, tunc nec legatum eum acceperit nec in Falcidiam imputari posse: iam enim transfusum legatum esse et decem deberi. Idemque erit et si ab initio ita legatum datum sit: 'si penum non dederit, decem dato', quia hic penus non est legata...). Dall'altro fr. (Dig. 36, 2, 24) risulta poi con tutta certezza che Paolo considerava il legato stesso come puro. Infatti, tale legato non solo è detto perfetto (perfectum est legatum), ma, nel caso preveduto in questo fr., sarebbe stato necessariamente intrasmissibile³⁾ agli eredi del legatario, perchè questi sarebbe morto ante diem legati cedentem. Si consideri che la condizione, cui è sottoposto il secondo legato e che in sè conterrebbe questa tacita ademptio, è la seguente: « si heres penum [vel fundum] non dederit »; essa è imposta all'erede e perciò non può dirsi verificata o mancata se non in seguito a un atto o ad un'omissione da parte di costui; e tale non è certo la morte del legatario. Nè gioverebbe far ricorso alla strana costruzione giuridica, di cui sembra trovarsi qualche traccia nella parte finale del testo, di considerare cioè l'ademptio come sottoposta alla condizione: « se il legatario interPELLERÀ l'erede », perchè, a prescindere da ogni altra considerazione, è fuori di dubbio che la menzione della interpellatio è stata qui aggiunta dai compilatori⁴⁾.

In breve questa tacita ademptio è ben lungi dal dare una

¹⁾ Tale è in diritto classico indubbiamente l'effetto della ademptio tacita; l'estinzione ipso iure avviene solo se il legato sia stato revocato valendosi di una formula inversa a quella usata per la sua erezione. FERRINI, *Legati*, pagg. 562-563.

²⁾ Ciò per il noto principio che il legato puro, adempto sub condizione, si reputa sottoposto alla condizione contraria a quella dell'ademptio Dig. 34, 4; 10 pr.; 14; 36, 2, 6 pr.; 35, 1, 107; 30, 68 § 2; 40, 7, 13 § 5.

³⁾ Anche SIBER, *Zeitschrift* cit. pag. 94, n. 1 rileva che il legato del fondo dovrebbe essere intrasmissibile; egli però crede che tale difficoltà fosse da Paolo superata, ritenendo che l'ademptio fosse sottoposta alla condizione: si centum deberi coeperint (confr. Dig. 36, 2, 24), il che per vero mi pare tutt'altro che probabile.

⁴⁾ Ciò risulta più da ragioni formali, che non da quelle addotte da SIBER, *Zeits.* cit. pag. 93, 95.

spiegazione soddisfacente di quanto risulta dai nostri testi e, se si tiene conto che il fr. 24 presenta tracce non dubbie dalla mano dei compilatori specialmente su questo punto, è lecito pensare che ci troviamo innanzi a una teoria malamente adattata dai bizantini a questioni che Paolo decideva in base ad altri principi. Ma quali erano essi?

§ 10. Come è noto, la stessa questione dell'unicità o duplicità dell'obbligazione, trattata rispetto al doppio legato della *penus*, è da Paolo discussa e risolta anche in relazione alla *stipulatio poenae* in un disputatissimo fr.:

Dig. 44, 7, 44, § 6: «*Paulus libro septuagesimo quarto ad edictum praetoris. Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? Quod magis verum est*».

Questo testo di Paolo presenta troppi punti di contatto con gli altri suoi testi sul legato, perchè se ne possa trascurare l'esame trattando di questi ultimi: come rispetto al legato, così qui, Paolo ritiene che si abbiano due valide obbligazioni e, come egli riporta il doppio legato alla *translatio*, così qui ritiene che il contenuto della prima *stipulatio* venga ad essere trasferito nella seconda: la costruzione giuridica dell'uno e dell'altro caso è identica; d'altra parte tanto nell'uno quanto nell'altro ciò che fa difficoltà è sempre la causa di estinzione della precedente obbligazione, perchè l'*ademptio tacita* negli uni appare non meno enigmatica della quasi *novatio* dell'altro e finalmente è sicuro che questo testo¹⁾, al pari degli altri di Paolo sul legato, è stato largamente interpolato. Evidentemente tutto ciò non può essere dovuto a un mero caso e convien quindi credere che Paolo professasse la medesima teoria tanto rispetto al doppio legato che rispetto alla doppia *stipulatio*.

Ora a me sembra che non manchino prove per dimostrare che Paolo riportava alla identica causa l'estinzione della precedente obbligazione tanto nel legato quanto nella stipulazione e questa causa era appunto quella stessa che nella *novatio classica* estingueva la precedente obbligazione; il fatto cioè che l'una e l'altra venivano ad avere lo stesso contenuto.

¹⁾ Conf. pag. 93, n. 1.

Sembrerà certo strano che io sostenga che Paolo nella famosa l. 44 § 6 Dig. de oblig. et act. 44, 7 parlasse non di quasi novatio, ma di vera e propria novazione e più strano sembrerà ancora che io ammetta che in certi casi l'effetto estintivo della translatio sia del tutto indipendente dall'ademptio e avvenga, come nella novazione, sol perchè è stato dedotto in un successivo legato per damnationem quanto già l'erede dovrebbe in forza di un precedente legato; questo però, a mio avviso, è quanto risulta dalle fonti e il lettore vorrà perdonarmi, se, per giustificare la mia opinione, io dovrò ora fare due non brevi digressioni: l'una sulla novatio, l'altra sulla translatio: la questione è così interessante che merita indubbiamente un esame abbastanza accurato.

§ 11. Cominciamo dalla novatio. Naturalmente noi non possiamo qui discutere le varie e complicate questioni cui dà luogo su questo punto la teoria della pena convenzionale: la nostra indagine resta ristretta a vedere se Paolo nel testo citato poteva o no riportare alla novazione la doppia stipulatio della poena.

Che Paolo nella l. 44 § 6 Dig. de oblig. et act. 44, 7 parlasse di vera e propria novazione, è da tempo concordemente negato da tutti gli scrittori; ed anzi non è mancato neppure chi affermò senz'altro che sarebbe assurdo parlare di novazione in tal caso, tanto che ora l'ipotesi che qui Paolo riportasse questa doppia stipulazione alla novatio sembra non meriti più neppure l'onore di essere discussa ¹⁾. Ciò può forse essere giusto, se la questione si considera secondo i principi dell'antico diritto, ma non è più così, se ci riportiamo al tempo in cui scriveva Paolo. Invero può dirsi oramai pacificamente riconosciuto che la giurisprudenza, almeno al cadere dell'epoca classica, aveva finito per ammettere che vi fosse idem debitum, e quindi novazione, se il debitore prometteva al creditore l'equivalente pecuniario della prestazione dovuta ²⁾. Potrà discutersi entro quali limiti ciò sia da ammettere; ma l'esistenza di tale principio non può essere contestata, perchè risulta da un complesso di indizi, i quali presi nel loro insieme rimuovono ogni dubbio in proposito.

¹⁾ Da ultimo confr. PERGAMENT, op. cit. e anche PEROZZI, *Istituzioni*, II, pag. 138, n. 2.

²⁾ SALKOWSKI, *Novation*, pagg. 80-81; GIRARD-LONGO, *Manuale elementare di diritto romano*, pag. 709.

Innanzi tutto ne abbiamo una prova autorevolissima proprio in quella che è la stipulatio novatoria per eccellenza, vale a dire nella stipulatio Aquiliana, la quale nella forma ultima in cui è a noi pervenuta in fr. di Florentino e nelle Istituzioni di Giustiniano appare diretta appunto a una somma di danaro. Dig. 46, 4, 18, 1. Ist. 3, 29, 2: « *Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet, oportebit praesens in diemve, quarumque rerum mihi actio, quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est, erit, quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti quo minus possideas, quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius* ».

Questo 'quanti quaeque earum rerum res erit' altro non è che la litis aestimatio delle varie azioni¹⁾ che il creditore avrebbe contro il debitore e che restano estinte in seguito alla promessa che questi fa di pagare la somma di danaro equivalente a tale stima. Questa somma è incerta nel suo ammontare e, se dovesse essere determinata, tale determinazione dovrebbe essere fatta con gli stessi criteri, che avrebbe seguito il giudice per determinare a quanto dovrebbe essere condannato il debitore, se fosse stato convenuto in giudizio in forza delle azioni stesse. Quindi la stipulatio Aquiliana ci dimostra con tutta certezza che, mediante la promessa del quanti ea res erit, il precedente rapporto giuridico restava estinto iure novationis e ad esso si sostituiva la nuova obbligazione nascente dalla stipulatio e avente per contenuto una somma di danaro.

L'esistenza di questa forma di novazione spiega poi perchè Papiniano ricerchi se possa vedersi una novazione nella stipulatio del valore del fondo (quanti fundus est) fatta da colui, che aveva già stipulato di dare il fondo stesso.

Dig. 46, 2, 28. Papinianus libro secundo definitionum: « Fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est postea stipulor: si non novandi animo secunda stipulatio facta est, cessat novatio: secunda vero stipulatio tenet ex qua non fundus, sed pecunia debetur. Itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio iure non tollitur, nec si litem actor ex prima contestetur. Denique meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo praesens aestimatio fundo pe-

¹⁾ SALKOWSKI, op. cit. pag. 75.

tito recte consideretur, in altera vero ea aestimatio venit, quae secundae stipulationis tempore fuit ».

Non sappiamo con certezza quale qui fosse la decisione di Papiniano, perchè il testo è stato indubbiamente alterato dai compilatori ¹⁾ ma, se anche si ammette che egli negasse senz'altro che qui potesse aversi una novatio, la ragione di ciò dovrebbe cercarsi nel fatto che le parti adoperarono nella seconda stipulazione una formula, la quale di per sè era insufficiente a produrre tale effetto. In questa seconda stipulazione per vero non era stato dedotta, come avviene nella stipulatio Aquiliana, l'incerta litis aestimatio della relativa azione (quanti ea res erit), ma il valore attuale del fondo (quanti fundus est), valore che, come risulta dal testo, poteva essere inferiore o superiore alla somma che avrebbe conseguito il creditore intentando la prima azione. Questa diversità di contenuto delle due azioni permetteva all'una e all'altra di coesistere e di sfuggire anche all'effetto estintivo della litis contestatio. Se invece fosse stato promesso il quanti ea res erit, l'attore non avrebbe potuto conseguire due volte la stessa somma, agendo tanto con l'una che con l'altra azione; e, stando a quanto ci insegna la stipulatio Aquiliana, dovrebbe allora dirsi che la prima restava estinta iure novationis.

Finalmente mi pare anche sicuro che a questa forma di novazione fece ricorso la giurisprudenza più tarda per rendere possibile il novare la stipulatio diretta a una res certa perita post moram factam.

Dig 45, 1, 91 § 6, Paulus libro septimo decimo ad *Plautium*: « Effectus huius constitutionis ille est ut homo adhuc peti possit: sed acceptum ei posse ferri creditur et fideiussorem accipi eius obligationis nomine. Novari autem possit haec obligatio dubitationis est, quia neque hominem, qui non est, neque pecuniam, quae non debetur, stipulari possumus. Ego puto novationem fieri posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Iuliano placet » ²⁾.

Come è noto, il perimento della cosa avvenuto dopo la mora non libera il debitore: l'obbligazione dura, ma con oggetto necessariamente mutato, perchè l'attore non può ottenere la cosa, che più non esiste,

¹⁾ FERRINI, *Pandette*¹, pag. 639, n. 4; BONFANTE, *Istituzioni*⁴, 373, n. 1.

²⁾ Interpolate sono certamente le parole finali « si hoc actum, etc. » (LENEL, *Paling.* Paulus, 1239) e forse anche la citazione di Giuliano. Del resto che Paolo ritenesse valida in tal caso la stipulatio risulta anche altrove: Dig 45, 1, 83 § 7.

ma solo la relativa *litis aestimatio*. Perdurando l'obbligazione, nonostante il perimento, Paolo ci dice qui che dubitavasi se essa potesse novarsi, perchè la *stipulatio novatoria* non poteva più avere per oggetto la cosa precedentemente stipulata essendo essa perita, nè poteva avere per contenuto il danaro, cioè, cioè il quanti *ea res est*, non essendo il danaro ciò che formava il contenuto della precedente obbligazione. Ma Paolo soggiunge subito che egli crede che possa farsi luogo alla novazione e, a me sembra dopo quanto siamo venuti esponendo, che possa non senza fondamento ritenersi che egli stimasse possibile tale novazione, stipulando appunto la somma di danaro che l'attore avrebbe conseguito, se avesse intentato l'azione.

§ 12 Queste testimonianze delle fonti, se anche di per sè non valgono a far ritenere che la giurisprudenza classica finì per riconoscere che si avesse novazione tutte le volte che il debitore prometteva l'equivalente pecuniario della prestazione dovuta, dimostrano però in modo non dubbio che vi fu almeno una certa tendenza a ciò riconoscere. E a questa tendenza può assai bene riconnettersi anche la possibilità di riportare la doppia *stipulatio* della pena alla novazione, perchè non si avrebbe in sostanza che un'applicazione dello stesso principio.

Invero è probabile che nella *stipulatio Aquiliana*, anche quando ad essa faceva seguito immediatamente la *acceptilatio*, le parti determinassero la somma incerta, indicata con le parole *quanti ea res erit*, per modo che il debitore prometteva senz'altro la somma complessiva amichevolmente determinata d'accordo col creditore¹⁾. Avremmo in tal caso che la promessa di una somma certa, la quale per volontà delle parti rappresentava l'equivalente pecuniario dei rapporti giuridici dedotti nella *stipulatio Aquiliana*, avrebbe avuto per effetto di novare i rapporti stessi. In ogni modo tale stima avrebbe dovuto necessariamente farsi, se, dopo la *stipulatio Aquiliana*, le parti non addivenivano all'*acceptilatio*, ed è anzi pressochè impossibile ammettere che in tale ipotesi questa determinazione del *quanti ea res erit* non precedesse tale *stipulatio* e che la somma così determinata non fosse in essa dedotta. Siffatta stima, trattandosi di determinare a quanto sarebbe stato condannato il debitore, se fossero state contro di lui in-

¹⁾ Di questo avviso è PEROZZI, *Istituzioni*, II, pag. 313.

tentate le azioni, di cui facevasi menzione nella stipulatio Aquiliana, era troppo ardua e troppo pericolosa, perchè il creditore acconsentisse alla novazione, accontentandosi di una generica promessa del quanti ea res erit. Questa promessa infatti non avrebbe avuto per il creditore altro che un effetto assai svantaggioso: quello cioè di rimandare ad altro tempo la condanna del debitore, lasciando tuttora incerto, se e quanto costui avrebbe dovuto pagare. La stipulatio Aquiliana adunque in tanto poteva avere pratica applicazione, indipendentemente dall'acceptilatio, in quanto fosse stata diretta a una somma certa di denaro determinata d'accordo fra creditor e debitore. D'altra parte ciò non poteva in alcun modo impedire che essa restasse tuttora una vera e propria stipulatio novatoria, anzi la stipulazione novatoria per eccellenza, perchè la preventiva e amichevole determinazione della somma dovuta dal debitore non infirmava menomamente il fatto, che questa somma rappresentava per volontà delle parti pur sempre quella medesima somma genericamente indicata nella formula Aquiliana con le parole: *Quanti quaeque earum rerum res erit*.

Ma con ciò era evidentemente aperta via a riportare pur anco alla novatio la doppia stipulazione della poena. Infatti, stando a quanto c'insegnano notissimi testi, la poena non rappresenta forse in questo caso proprio la preventiva determinazione dell'interesse dovuto in forza della prima stipulazione¹⁾? Tenendo presente questa incontrovertita identità giuridica tra ciò, che il creditore avrebbe potuto conseguire intentando l'azione per l'inadempimento della prima

¹⁾ Questo concetto della pena è direttamente attestato dalle fonti in testi, i quali si riferiscono indubbiamente alla doppia stipulatio. Dig. 46, 5, 11 (Venuleio): « In eiusmodi stipulationibus, quae quanti ea res est promissionem habent, commodius est certam summam comprehendere, quoniam plerumque difficultis probatio est quanti cuiusque intersit et ad exiguam summam deducitur », Dig. 46, 8, 8, 2 (Venuleio) in relazione alla « cautio de rato »... quanti ea res est ei praestetur... id est quanti interfuerit eius de statu suo rursus non periclitari et propter impendia quae in litem fecerit: sed Labeo certam summam comprehendendam existimabat, quia aestimatio libertatis ad infinitum extenderetur ». Evidentemente in ambedue questi testi il quanti ea res est è l'interesse dovuto in forza di una precedente stipulazione. Del pari alla doppia stipulatio si riferisce il brano delle *Inst.* 3, 15, 7: « Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta: ut si stipulemur fieri aliquid vel non fieri, et in huiusmodi stipulationibus optimum erit poenam subicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit ac necesse sit actori probare quid eius intersit; itaque, si quis ut fiat aliquid stipuletur, ita adici poena debet: si ita factum non erit, tum poenae nomine decem aureos dare spondes? ... » Confr. anche Dig. 45, 1, 81.

stipulatio, e la poena, che formava oggetto della seconda stipulatio, e tenendo altresì presente lo svolgimento che aveva avuto la novazione al cadere dell'epoca classica, poteva vedersi nella doppia stipulatio poenae una novazione, perchè in essa non si verificava in sostanza nulla di diverso da ciò che si verificava nella stipulatio Aquiliana, quando il quanti ea res erit fosse stato amichevolmente determinato dalle parti al momento della stipulazione stessa.

§ 13. Se potesse sussistere ancora qualche incertezza a questo riguardo, essa sarebbe rimossa dal disputatissimo fr. di Paolo (Dig. 44, 7, 44 § 6), da cui abbiamo preso preso le mosse e sul quale è oramai tempo di ritornare. Paolo si domanda se nel caso in cui il debitore avesse stipulato di fare la nave e, qualora non l'avesse fatta, avesse stipulato di dare cento, si abbiano due stipulazioni, la prima pura e l'altra condizionale, e se possa dirsi che, in caso di inadempimento, la prima resti estinta, considerandosi come trasferita nella seconda. Egli, per quanto in modo non troppo sicuro, risponde affermativamente all'uno e all'altro quesito, e non a torto. Movendo dal concetto che la prima stipulazione sia valida e pura, il debitore sarebbe obbligato a fare la nave e, in caso d'inadempimento, sarebbe tenuto a prestare al creditore l'id quod interest. D'altra parte, direttamente concatenata con la precedente, è la seconda stipulazione la quale è sub condicione e la condizione è appunto che il debitore non adempia la precedente obbligazione. Questa seconda stipulatio ha però rispetto alla precedente carattere e funzione di poena. Ora applicando a questa ciò che risulta dai testi relativi alla doppia stipulatio (cioè che la pena altro non è che una preventiva liquidazione dell'interesse dovuto in forza della prima stipulazione) il contenuto tanto della stipulazione di fare la nave quanto di quella di dare i cento, pur essendo in origine diverso, diviene giuridicamente identico al momento in cui si verifica l'inadempimento: il debitore deve allora in forza dell'una e dell'altra l'equivalente pecuniario dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento dell'obbligazione. Ecco perchè Paolo si propone il quesito: 'videndum utrum existens sequentis condicio non tollat priorem' e perchè lo risolve affermativamente, vedendo in questa stipulatio una novazione condizionale della prima ⁴⁾.

⁴⁾ Come già abbiamo avvertito in principio, la nostra ricerca è limitata al solo caso in cui la stipulatio poenae è aggiunta a una precedente stipulazione

§ 14. Naturalmente Paolo parlava di vera e propria novazione; i compilatori¹⁾, ai quali sono anche da attribuire tutte le mende logiche e grammaticali che il testo presenta, hanno ad essa sostituito la quasi novatio. Ma a costoro, se può muoversi il rimprovero di aver conosciuto male il latino, non può muoversi in verità anche quello di aver interpolato senza fondato motivo questo testo di Paolo. Per giungere, secondo i principi della novatio giustiniana, alla stessa conclusione, cui giungeva Paolo, di limitare il diritto del creditore alla sola poena, sarebbe stato necessario che l'animus novandi fosse risultato, se non espressamente, almeno in modo sicuro dalla stipulazione stessa²⁾ e ciò non si verificava nel caso in esame, perchè questa doppia stipulatio, in sè considerata, poteva interpretarsi tanto nel senso che la poena dovesse tener luogo della prestazione dell'interesse dovuto in forza della prima stipulazione, quanto nel senso che questo fosse cumulativamente dovuto insieme con la poena. Se i bizantini avessero conservato inalterato il testo, avrebbero ammesso, contrariamente alle nuove norme dettate dallo stesso Giustiniano su questa materia, che nella doppia stipulazione della pena si avesse una novatio, in cui è, sia pure iuris tantum, presunto l'animus novandi. Per rimuovere tale difficoltà, i compilatori hanno sostituito alla novatio questa quasi novatio, la quale, se non ha senso per il diritto classico, s'accorda però

e non concerne perciò la nostra ricerca l'arduo fr. di Paolo, Dig. 17, 2, 71, il quale del resto è stato malamente alterato dai compilatori, perchè non solo è assai oscuro, ma anche perchè la parte finale non concorda con quanto precede: « sed quoniam non ita essent stipulati: 'ea ita dari fieri spondes?' (e ciò sarebbe invece avvenuto perchè le parti hanno stipulato: "haec quae supra scripta sunt ea ita dari fieri neque adversus ea fieri?") sed: 'si ea facta non essent, decem (prima la pena era maggiore: "viginti milia") dari?', non videri sibi rem in stipulationem pervenisse sed dumtaxat poenam. ».

¹⁾ Non parmi possa dubitarsi che il testo non sia stato largamente interpolato. Confr. da ultimo PEROZZI, *Istituzioni* II, pag. 138, n. 2. Evidentemente invano PERGAMENT, op. cit., pag. 17 tenta di sostenere il contrario. A prescindere da qualsiasi altra considerazione, in contrapposto al primo membro della doppia interrogazione: Dig. 44, 7, 44 § 6: « videndum, utrum duae stipulationes sint pura et condicionalis et existens sequentis condicio non tollat priorem? » che contiene l'opinione accettata da Paolo, doveva necessariamente trovar luogo l'opinione contraria da lui respinta: invece non si ha che un goffo e illogico chiarimento di quanto precede: « an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? » Paolo non può aver scritto così, tanto più che, come diciamo nel testo, può anche trovarsi la ragione per la quale i compilatori hanno interpolato questo testo.

²⁾ Cod. 8, 41, 8, *Ist.* 3, 30, 3.

egregiamente con i principî di diritto giustiniano, perchè sta appunto a significare che, pur non avendosi una vera novazione, si hanno effetti giuridici ad essa simili.

§ 15. E veniamo ora alla *translatio*. Già il Ferrini nel suo classico libro sui legati, pur accettando la teoria comune che nella *translatio* il primo legato è sempre estinto per tacita *ademptio*¹⁾, rilevò che una stretta analogia corre fra la *translatio* e la *novatio*²⁾. Io credo che in taluni, casi più che di analogia, possa addirittura parlarsi d'identità; in ogni modo credo che possa con sufficiente certezza affermarsi che talora nella *translatio* l'estinzione del primo legato è indipendente dall'*ademptio* tacita e avviene pel solo fatto che oggetto del secondo legato altro non è che quanto già dovrebbe l'erede in forza di un legato precedente. Agli argomenti, addotti dal Ferrini per dimostrare l'analogia tra *novatio* e *translatio*, possono aggiungersene altri non meno convincenti.

Lo stesso nome di *translatio* esprime a rigore cosa diversa da quella che si verifica nella *translatio* basata su tacita *ademptio* e assai vicina invece, se non identica, alla *novatio*³⁾: *translatio* e *transfere* indicano l'idea del *passaggio* del contenuto di un legato in un altro, tanto che i bizantini adoprano a questo riguardo anche la parola *transfundere*⁴⁾, la quale si trova anche nei testi classici relativi alla *novatio*⁵⁾. Il revocare implicitamente un legato, erigendone invece di esso un altro, non è una *translatio*, ma la sostituzione di un legato con un altro. È noto poi che una stretta analogia sussiste tra la *stipulatio* e il *legatum per damnationem* (pag. 31 n. 3); ora abbiamo che le stesse innovazioni, che possono apportarsi a un precedente rapporto obbligatorio mediante *novatio*, possono apportarsi a un precedente legato mediante *translatio*: per mezzo della *translatio* può trasferirsi il beneficio da uno ad altro onorato, può trasferirsi l'onere da un onerato all'altro e può un legato puro trasferirsi in un altro sotto

¹⁾ *Legati*, pag. 584.

²⁾ *Legati*, pag. 586 e anche *Pand.* § 690.

³⁾ Conf. p. e. la famosa definizione della *novatio*: « *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem . . . transfusio atque translatio* » Dig. 46, 2, 1. Gaio 3, 176 « .. et prima (obligatio) tollitur *translata* in posteriorem », Dig. 17, 2, 71 pr.

⁴⁾ Così p. e. nella legge da noi esaminata Dig. 33, 9, 1 dove la frase: « *transfusus legatum* » è certamente dei compilatori pag. 76.

⁵⁾ Dig. 46, 2, 1; 39, 6, 24.

condizione o a termine (Dig 34, 4, 6). Risulta poi in modo sicuro che il diritto romano classico negava che ci fosse *translatio*, se era diverso il contenuto dei legati¹⁾; Paolo appare anche qui quale un innovatore ammettendola quando il legato di una cosa fosse stato trasferito in un altro di denaro²⁾. Ma, se fosse vero che nella *translatio* il primo legato è sempre estinto per *tacita ademptio*, la diversità di contenuto non poteva fare nessuna difficoltà, perchè il testatore può revocare (*adimere*) espressamente o tacitamente il primo legato e, quando ha compiuto tale revoca, è del tutto indifferente se l'obbietto del nuovo legato è o no identico a quello del legato *adempto*, rimanendo spezzato, a cagione dell'*ademptio*, qualsiasi vincolo tra l'uno e l'altro. Inoltre, se l'effetto estintivo della *translatio* dovesse sempre riportarsi alla *ademptio tacita*, tale estinzione, non sarebbe potuta avvenire che *ope exceptionis*; invece è più che certo che il precedente legato restava estinto *ipso iure* in forza della *translatio*.

§ 16. Queste ed altre osservazioni, che per brevità si omettono, rendono per lo meno assai verosimile l'ipotesi che il diritto romano classico concobbe due differenti tipi di *translatio*: l'uno, fondato solo sulla *tacita volontà* del defunto e che si riportava al diritto pretorio; l'altro, fondato su rigorosi requisiti di forma e che si riportava ai principi del diritto civile. Il primo è a tutti noto, perchè è largamente descritto nel *Corpus Iuris*, essendo il solo che abbia vigore in diritto giustiniano; nell'epoca classica invece non trovava applicazione, che quando un precedente legato fosse stato trasferito in un legato di proprietà³⁾ e nei *fidecommessi*. In questi casi l'effetto estintivo della *translatio* derivava effettivamente dall'*ademptio tacita*, la quale si ravvisava nel fatto che il testatore aveva eretto il secondo legato con l'intenzione che questo tenesse luogo di quello precedente, il quale restava così estinto solo *ope exceptionis*. Ma questo tipo di *translatio*, propria dei tempi in cui nel testamento la ricerca della volontà del

¹⁾ FERRINI, *Legati*, pag. 586.

²⁾ Paulus, *libro quinto, ad legem Iuliam et Papiam*: « *Translatio fit quatuor modis aut enim a persona in personam transfertur... aut cum res pro re datur, ut pro fundo decem aurei...* », § 2 eod. « *Item si pro fundo decem legentur, quidam putant non esse ademptum prius legatum; sed verius est ademptum esse: novissima enim voluntas servatur.* ».

³⁾ Confr. p. e. GAIUS in Dig. 34, 4, 4 «... quod Titio legavi, id Seio do lego; quae res in personam Titii tacitam ademptionem continet». TEOFILO. *Paraph. Ist.* 2, 21.

testatore tendeva ad attenuare le conseguenze dell'antico formalismo, sorse ad imitazione di un altro tipo di *translatio* più antico, più rigoroso e formale che trovava applicazione solo quando l'obbietto di un precedente legato fosse stato trasferito in un successivo legato per *damnationem*. Questo tipo originario, che dette il nome all'istituto, era, se non identico, certo assai simile alla *novatio*. A differenza dell'altra forma di *translatio*, qui l'estinzione avveniva sempre *ipso iure* e pel solo fatto che il contenuto del legato precedente era stato dedotto nella successiva *damnatio*. Inoltre, e ciò importa specialmente per la nostra questione, se la *translatio* era *sub condicione*, pur essendo vero che frattanto restava sospeso il diritto del legatario a chiedere il primo legato, convien però credere che agli effetti della *cessio diei* il legato si considerava come puro¹⁾.

Questo tipo di *translatio*, essendo identico alla *novatio classica*, è scomparso in diritto giustiniano per le stesse ragioni per le quali questa è scomparsa e, come nella novazione l'effettivo estintivo è stato dai bizantini riportato all'*animus novandi*, così i compilatori, generalizzando forse quanto vigeva per gli altri legati e per i fedecommissi, hanno riportato anche nella *translatio* l'effetto estintivo all'*animus adimendi*²⁾: in ambedue gli istituti la volontà ha preso il posto dell'originaria causa di estinzione formale.

¹⁾ Ciò è attestato appunto dalle legge di Paolo Dig. 36, 2, 24 nella quale, come dimostrammo (pag. 85) il legato della *penus* o del fondo, essendo trasmissibile agli eredi del legatario deve ritenersi come puro, il che trova conferma nell'altra legge di Paolo Dig. 44, 7, 44 § 6 in cui, pur riportandosi la doppia *stipulatio* alla *novatio*, si dice espressamente che la prima stipulazione è pura. (... *utrum duae stipulationes sint. PURA et condicionalis*). Questi testi pertanto forniscono un buon argomento per negare che nella novazione condizionale la precedente obbligazione si consideri come sottoposta alla condizione contraria a quella della *novatio*; e infatti con ciò non s'accorderebbe quanto dice Gaio 3, 179, perchè evidentemente, se si fosse ritenuta come condizionale l'obbligazione novata, non sarebbe stato necessario ricorrere all'*exceptio*, nè si sarebbe potuto sostenere che l'obbligazione stessa restasse estinta subito *ipso iure*. Sulla questione confr. WINDSCHEID, *Pand.* § 354, n. 10 e GIRARD-LONGO *Manuale*, pag. 710, n. 2.

²⁾ Ciò spiega le numerosissime interpolazioni dei testi relativi a questa materia; FERRINI ha già rilevato le seguenti: *Pand.* § 690. Dig. 31, 44 § 1, 34, 4, 3 § 2 e 3; 6 § 2; 7; 9, ma se ne possono aggiungere molti altri esempi. Dig. 30, 33; 34, 4, 20: (*« Licet transferam legatum in eum cum quo nobis testamenti factio non est, sive in servum proprium cui sine libertate legavero, licet eis non debeatur, nec illi tamen debebitur, cui fuerit ademptum »*). Né meno sospetto è Dig. 30, 34 pr.: *« Plane ubi transferre voluit legatum in novissimum, priori non debebitur, tametsi novissimus talis sit, in cuius personam legatum non constitit »*.

§ 17. Con ciò le nostre due digressioni sono terminate e dobbiamo ritornare ai testi di Paolo sul legato della penus, i quali in vero ora non presentano più nessuna difficoltà per noi e valgono anzi a meglio confermare quanto siamo venuti dicendo sulla novatio e sulla translatio.

La tacita ademptio, della quale si fa parola nella legge di Paolo Dig. 36, 2, 24 e che appare inconciliabile sia con l'estinzione ipso iure del primo legato, sia con quanto risulta dalla legge stessa rispetto alla trasmissibilità del legato medesimo, è stata ivi inserita dai compilatori per adattare il testo all'unica forma di translatio, basata sull'ademptio, che è in vigore di diritto giustiniano. Paolo invece, trattandosi di due legati per damnationem, il secondo dei quali aveva di fronte al primo carattere e funzione di poena, ripeteva rispetto a questa tipica forma di disposizione penale, quanto sosteneva rispetto alla doppia stipulazione della pena: riteneva cioè, contrariamente alla teoria giuliana, tuttora prevalente ai suoi tempi, che ambedue i legati fossero perfettamente validi e che il primo fosse puro e l'altro condizionale. Tale condizione però consisteva nel fatto, che l'erede non avesse prestato la penus: se ciò si verificava, il contenuto dei due legati sarebbe divenuto identico, perchè l'erede avrebbe dovuto prestare l'id quod interest per non aver dato la penus e d'altra parte, essendosi con ciò verificata anche la condizione del secondo legato, avrebbe dovuto anche la poena, la quale altro non era in sostanza che lo stesso id quod interest preventivamente determinato dal testatore. Questa eventuale identità di contenuto tra i due legati faceva sì che egli considerasse la disposizione quale una translatio sub condicione, alla stessa guisa che egli vedeva nella doppia stipulatio poenae una novazione condizionale. Pendente la condizione del secondo legato, il legatario non avrebbe potuto chiedere giudizialmente il legato della penus, come non può nello stesso caso il creditore chiedere la cosa stipulata, se trattasi di doppia stipulatio poenae. Ma questo legato era puro ed era perciò sottratto ai principi della cessio diei nei legati condizionali (pag. 85, 96, n. 1); quindi, se il legatario moriva durante lo stato di pendenza della condizione apposta al secondo legato, egli non trasmetteva agli eredi questo secondo legato, ma trasmetteva loro quello della penus (Dig. 36, 2, 24). Se poi si verificava la condizione, il primo legato restava estinto ipso

iure per effetto della *translatio* (Dig. 35, 2, 1, 8), come ipso iure sarebbe rimasta estinta la prima stipulazione per effetto della *novatio* nella doppia stipulazione della *poena*.

Questa era la teoria che Paolo, fondandosi sullo svolgimento che aveva avuto la novazione e quindi anche la *translatio* nel legato per *damnationem*, contrapponeva all'altra sostenuta da Giuliano e seguita da Marcello e da Ulpiano.

§ 18. Tutto ciò vale per l'epoca classica; ma che cosa dovrà dirsi in diritto giustiniano?

Nelle Pandette sono stati accolti tanto i testi che riproducevano la teoria di Giuliano Dig. 36, 2, 19; 33, 9, 1, quanto quelli che riproducevano la teoria di Paolo Dig. 36, 2, 24; 35, 2, 1 § 8; ma la prima è stata accolta senza alterazioni, nell'altra l'effetto estintivo della *translatio* è stato riportato all'*ademptio tacita*. La teoria di Giuliano è tuttora applicabile in diritto giustiniano, perchè vige anche nel diritto ultimo il principio, su cui tale teoria si fonda, dalla nullità del lascito rimesso all'arbitrio dell'onerato. La teoria di Paolo per sé sarebbe stata applicabile solo rispetto al legato per *damnationem* di una somma certa di denaro, ma così trasformata, come appare in seguito alle numerose interpolazioni introdotte nei fr. di questo giureconsulto (Dig. 36, 2, 24; 35, 2, 1 § 8), è anche essa divenuta di applicazione generale, perchè tanto i fidecommessi quanto i legati possono ora adimersi *nuda voluntate*. Sicchè anche in diritto giustiniano le disposizioni in esame danno luogo a due teorie egualmente conformi al diritto del tempo. Io credo però che in diritto ultimo si verifichi l'opposto di quanto avveniva nell'epoca classica, debba cioè ritenersi prevalente la teoria interpolata nei testi di Paolo perchè:

1° essa è un'emanazione diretta dei compilatori, i quali l'hanno inserita anche in un testo riproducente la contraria teoria di Giuliano Dig. 33, 9, 1;

2° non fa più difficoltà, agli effetti della *translatio*, la diversità di obbietto delle due disposizioni;

3° i compilatori hanno accolto rispetto alla *stipulatio poenae* la stessa teoria, perchè la quasi *novatio* di cui parla il fr. di Paolo Dig. 44, 7, 44 § 6 corrisponde esattamente alla *translatio* descritta nell'altro fr. di Paolo Dig. 36, 2, 24: nell'una è presunto per la natura

penale della stipulazione l'*animus novandi*, il quale non è in sostanza che quello stesso *animus adimendi*, che appare presunto nel doppio legato.

B) *Disposizioni penali principali.*

§ 19. Disposizioni penali a carico dell'erede: il legato della *penus*. - § 20. Se la controversia relativa al legato doppio trovasse luogo anche in quello semplice. - § 21. La questione del quando, in mancanza di termine, il debitore incorra nella poena. - § 22. Disposizioni penali a carico del legatario: Esame del fr. di Giuliano Dig. 30, 81 § 2.

§ 19. In materia di legati le fonti ci presentano due tipi diversi di disposizioni penali principali: quello del legato della *penus*, in cui la poena è a carico dell'erede, e quello esaminato in un fr. di Giuliano, Dig. 30, 81 § 2, in cui la poena è a carico del legatario (*adiectio collegatarii poenae nomine*).

Per quanto concerne il primo tipo, esso appare discusso da Paolo negli stessi testi sul doppio legato or ora esaminati. In uno di questi egli, dopo aver esposta la sua opinione in antitesi a quella giuliana, continua:

Dig. 36, 2, 24 § 1: «Plane si sic legatum sit: 'si penum non dederit, decem dato': dicimus non esse penum legatum».

Nell'altro, dopo aver rilevato che, se l'erede è incorso nella mora, dovrà solo il legato della somma, aggiunge:

Dig. 35, 2, 1 § 8: «Idemque erit et si ab initio ita legatum datum sit: 'si penum non dederit, decem dato', quia hic penus non est legata: et penus, si datur, mortis causa capitur, quia deficit legati conditio».

Dal secondo di questi testi risulta adunque che Paolo riteneva questo legato come condizionale.

§ 20. Ciò premesso, data la controversia che si agitava relativamente al doppio legato, può ritenersi che anche gli avversari di Paolo fossero d'accordo con lui nel considerare sempre il legato semplice come un legato condizionale? I testi nulla espressamente ci dicono a tale riguardo; ma a me sembra che Giuliano, Marcello e Ulpiano dovessero anche su questo punto dissentire da lui e dovessero sostenere che il legato semplice della *penus*, alla stessa guisa di quello doppio, si riportava all'obbligazione facoltativa¹⁾, quando non fosse stato prefisso dal testatore un termine per la dazione della *penus*.

¹⁾ Pag. 81.

Invero questa teoria era indubbiamente applicabile anche al legato semplice, perchè nulla impediva di interpretare anche qui la condizione: 'si (heres penum) non dederit', nel senso 'se (l'erede) non vorrà dare (la penus)'. Naturalmente, se il legato era doppio, tale condizione, così intensa, aveva un duplice effetto: rendeva inefficace il primo legato e permetteva di considerare la dazione della penus come una facoltà lasciata all'erede di liberarsi dall'obbligazione di dare la somma, prestando una cosa diversa da quella che era in obligatione (pag. 83). Essendo invece semplice il legato, dei due effetti si produceva soltanto il secondo. Nè va poi tralasciato di notare che questa teoria appare anche nella stipulatio poenae principalis in un testo che, per le mutilazioni che ha subito, ce la presenta professata da Paolo, mentre non poteva essere da lui addotta che per confutarla; Dig. 44, 7, 44 § 5: «Si ita stipulatus sim: 'si fundum non dederis, centum dare spondes'? Sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus». Occorre appena rilevare che qui tale stipulazione non è affatto concepita come condizionale, perchè, se così fosse, la liberazione del debitore avverrebbe, come dice Paolo in materia di legati, per il mancare della condizione (Dig. 35, 2, 1 § 8... quia deficit legati conditio) e non già per effetto di exsolutio.

È quindi probabile che anche rispetto al legato semplice si contendessero il campo le due teorie, che troviamo discusse rispetto al doppio legato, e anche qui la controversia non era senza conseguenze per la risoluzione delle varie questioni pratiche relative a questi lasciti.

§ 21. Basterà accennare che, seguendo l'opinione giulianea, non fa alcuna difficoltà il determinare anche da un punto di vista generale quando il debitore incorra nella poena, benchè alla disposizione non sia stato posto alcun termine. Infatti, movendo dal concetto che si abbia un'obbligazione facoltativa, il legatario avrebbe diritto di chiedere subito la somma; ma l'erede potrebbe liberarsi prestando la penus, pr'ma che fosse contestata la lite per la somma stessa (pag. 81).

Ritenendo invece che si abbia un legato condizionale, per dire mancata la condizione si sarebbe dovuto attendere che fosse divenuto impossibile per l'erede effettuare la prestazione dedotta nella condicio¹⁾. Ma una sì lunga attesa non era certo conforme alla volontà

¹⁾ WINDSCHEID, *Pand.* § 92, n. 1; § 256, n. 3.

del testatore e perciò sorgevano dubbî sull'applicabilità di questo principio alle disposizioni p. n. Di questi dubbî ci è rimasta memoria in un famoso fr. di Papiniano.

Dig. 45, 1, 115 § 2. Papinianus libro secundo *quaestionum*: « Item si quis stipuletur: 'si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?' Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret: idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit: idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam ».

La decisione di Q. Mucio, di cui qui si fa parola, costituisce evidentemente una deroga ai principî relativi all'inadempimento della condizione potestativa; ma non credo che essa possa considerarsi quale una decisione specialissima propria del solo legato della penus, come ritiene il Ferrini¹⁾. Ad ammettere ciò osta che Sabino sosteneva che questa stessa decisione era applicabile anche alla stipulatio poenae e che, come vedremo, una decisione analoga s'incontra pur anco in un testo di Paolo ad Plautium (Dig. 40, 7, 20 § 6) relativo alla manumissio p. n.

§ 22. Un altro tipo di legato p. n., assai dissimile da quello precedente, è esaminato da Giuliano in questo fr.:

Dig. 30, 81 § 2. Iulianus libro *trigesimo secundo digestorum*:

« 'Stichum Sempronio do lego; si Sempronius Stichum intra annum non manumiserit, eundem Stichum Titio do lego'. Quaesitum est quid iuris esset. Respondi Sempronium interim totum habiturum et, si quidem intra annum manumisisset, liberum eum effecturum; si autem hoc non fecisset, totum ad Titium pertinere ».

Così, come leggesi nelle Pandette, questo testo ci presenterebbe una specie di translatio sotto condizione risolutiva: il primo legatario acquisterebbe subito il legato del servo, e poi, se non lo ma-

¹⁾ FERRINI, *Pand.* pag. 612, n. 2. Anche da questo punto di vista le parole « idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam » si appalesano interpolate, SIBER, *Zeits. cit.* pag. 83, n. 1.

nomettesse entro l'anno, egli perderebbe il legato, che sarebbe acquistato dal secondo legatario.

L'interpolazione di questo testo è però più che manifesta, perchè, a prescindere da qualsiasi indagine formale (e gli indizi di interpolazione anche da questo punto di vista non mancano), è noto che il diritto classico non ammetteva che ai legati potessero apporsi condizioni risolutive¹⁾. È quindi sicuro che Giuliano dava al quesito una risposta diversa da quella che ora qui appare. Quale essa fosse è difficile dire, perchè questo caso, che sembra così semplice e così poco interessante, si riconnette ad altri punti oscuri e controversi e specialmente all'ardua questione, se, legata per vindicationem una cosa a due persone, puramente all'una, condizionalmente all'altra, il primo legatario acquisti, pendente condicione, la proprietà sull'intera cosa o su una parte di essa (confr. pag. 23, n. 2). È perciò prudente astenersi dal fare qualsiasi ipotesi. Ma non possiamo esimerci dal notare, avendo dovuto più volte far menzione di questo testo nei capitoli precedenti, che non mancano prove per escludere che Giuliano ritenesse che il legato disposto a favore di Tizio fosse invalido, perchè colpito dal divieto dei lasciti a titolo di pena. Giuliano in questo punto dei suoi Digesti si proponeva indubbiamente di mettere in luce le conseguenze giuridiche derivanti dall'adempimento o dall'inadempimento dell'obbligo della manumissione condizionalmente imposto alla persona stessa, cui il servo era stato legato per vindicationem. Ciò risulta dal fatto che anche in un altro fr. (Dig. 40, 4, 15. confr. pag. 104), che deriva dallo stesso libro e che è intimamente connesso col nostro (Lenel, *Paligenesia* Iulianus 458), egli torna ad occuparsi di una specie simile, in cui il testatore ha legato a Sempronio il servo Stico ed ha dato a questi la libertà diretta, se Sempronio non lo manometterà entro un anno. Inoltre nel § immediatamente precedente Giuliano esamina l'elegante questione se uno dei condomini possa non accettare il legato disposto a favore del servo comune²⁾ e fra questo caso e il nostro sussiste indubbia-

¹⁾ FERRINI, *Legati*, pag. 327.

²⁾ Dig. 30, 81 § 1: « Si servo communi res legata fuisset, potest alter dominus agnoscere legatum, alter repellere: nam in hanc causam servus communis quasi duo servi sunt ». Su questa questione confr. CUIACIO, *In lib. XXXII Dig. Salvii Iuliani ad l. 81 § 1 de leg. 1* (*Opera Omnia* [ed. Prato], vol. III, pag. 1016). FERRINI, *Legati*, pagg. 647, 673.

mente un nesso logico, qualora si ammetta che Sempronio debba manomettere il servo, perchè tanto il legatario, che non accetta il legato, quanto il legatario, che dà la libertà al servo legato, vengono a rinunciare al dominio sulla cosa legata. Tutto ciò dimostra che nella specie in esame doveva avere decisiva importanza il fatto che il secondo legato era sottoposto alla condizione che il primo legatario non avesse entro l'anno manomesso il servo.

Ora ritenendo nullo il legato fatto a Tizio, sarebbe stato del tutto indifferente che il legato stesso fosse sottoposto a questa condizione o ad un'altra qualsiasi dipendente dalla volontà di Sempronio, perchè costui avrebbe sempre in ogni caso acquistato per intero, e da solo, il legato senza essere tenuto ad osservarla; e questa decisione giulianea non avrebbe avuto importanza altro che in relazione al divieto dei lasciti a titolo di pena, per modo che resterebbe interrotto ogni nesso tra la decisione stessa e la materia trattata dal giureconsulto. Ritenendo invece valido il legato fatto a Tizio, queste difficoltà non solo scompaiono, ma il nostro fr. avrebbe contenuto una specie assai importante in relazione appunto alle altre questioni, di cui qui si occupava Giuliano. Infatti mentre per regola in diritto classico, se un servo era legato per vindicationem a due persone, non poteva uno solo dei legatari dare ad esso validamente la libertà ¹⁾, nella specie esaminata da Giuliano la manumissione compiuta da uno solo dei legatari avrebbe reso libero lo schiavo, appunto perchè, essendo il secondo legato sottoposto alla condizione che il primo legatario non avesse manomesso il servo, il legatario stesso veniva all'atto della manumissione ad acquistare su di lui il pieno dominio.

2. — MANUMISSIONI

§ 23. Le disposizioni penali in materia di manumissioni. - § 24. Il fr. di Paolo: Dig. 40, 7, 20 § 6 e la questione del quando l'erede incorra nella poena. - § 25. Esame del fr. di Giuliano Dig. 40, 7, 13 pr.

§ 23. Alcuni testi prevedono e risolvono varie questioni relative a disposizioni testamentarie, con le quali è data la libertà diretta al servo, se l'onorato non vuole manometterlo. È facile intendere che in tal caso la libertà diretta può assumere rispetto all'onorato funzione

¹⁾ Arg. Ulp. Reg. 1, 18. Paolo Sent. 4, 12, 1. Frag. Dosithei § 10. Cod. 7, 7, 1; 2.

di poena, perchè questi, se non manometterà il servo, verrà a perdere ogni diritto su di lui (Gaio 2, 267).

Come nel legato, così anche qui queste disposizioni appaiono talora nella forma di disposizioni penali principali: Stichus, si heres eum non manumiserit, liber esto; altre volte come disposizioni penali accessorie: Te rogo, heres, ut Stichum manumittas; si non manumiseris, Stichus liber esto.

§ 24. Nondimeno anche rispetto a questi lasciti si verifica ciò che avviene generalmente in materia di manumissioni, trovano cioè luogo principi eccezionali, e ciò fa sì che essi talora vengano a perdere il loro carattere penale.

Così nel caso in cui sia stata lasciata sub condizione la libertà diretta al servo legato, l'antica giurisprudenza, favore libertatis, ritenne nullo il legato e valida la libertà¹⁾. Più tardi però Giuliano, stando a quanto risulta da un testo di Gaio (Dig. 30, 68 §§ 2 e 3), giunse a salvare dalla nullità anche il legato, considerandolo come sottoposto alla condizione contraria a quella apposta alla libertà. Questa innovazione giuliana appare pur anco in un fr. relativo alla nostra materia, il quale si riconnette ad un'altra disposizione penale testè da noi esaminata.

Dig. 40, 4, 15 Iulianus libro trigesimo secundo *digestorum*: « 'Stichum Sempronio do lego. Si Sempronius Stichum intra annum non manumiserit, idem Stichus liber esto'. Quaesitum est quid iuris sit. Respondit hoc modo libertate data: 'Si Sempronius non manumiserit, Stichus liber esto' Sempronius, nisi manumiserit, nihil iuris in Stichum habiturum, sed liberum eum futurum ».

Per salvare il legato, Giuliano ricorre all'espediente di considerarlo come sottoposto alla condizione: si Stichum manumiserit. Da ciò consegue che, se il legatario non manomette il servo, questi sarà libero ex testamento; se invece lo manomette, all'atto della manumissione il legatario acquisterà la proprietà sul servo, il quale diverrà libero, ma il legatario conserverà i diritti di patronato sul servo stesso, perchè questi sarà libero per la manumissione da lui compiuta. Però questa inversione della condizione fa sì che la disposizione non possa più annoverarsi tra lasciti p. n., perchè il pregiu-

¹⁾ FERRINI, *Legati*, pag. 328, confr. anche Dig. 31, 14 pr.

dizio, che eventualmente può risentire l'onorato, non ha più carattere di poena (pag. 13 segg.).

Da un punto di vista generale poi può dirsi che questo carattere perdono sempre le disposizioni doppie, in cui la libertà diretta concorre con quella fedecommissaria. Rispetto a queste disposizioni non poteva sorgere una questione analoga a quella che esaminammo trattando del doppio legato della penus (pag. 83), perchè, contrariamente a quanto si verifica in materia di legati, è valido il fedecommeso di libertà sotto la condizione si heres voluerit ¹⁾. Venendo così a concorrere la libertà diretta con quella fidecommissaria, si dà, senz'altro la prevalenza alla prima, che è più favorevole allo schiavo ²⁾. Ma assicurata in tal modo sempre la libertà diretta al servo, queste disposizioni non hanno più carattere penale, perchè l'onorato non risente più nessun vantaggio o pregiudizio, se ottempra, o non ottempra alla volontà del testatore ³⁾.

§ 25. Messi pertanto da parte questi casi, che non rientrano a rigore tra i lasciti p. n. validi, restano ad esaminare solo due testi, relativi alle disposizioni penali principali.

Dig. 40, 7, 20 § 6. Paulus libro sexto decimo *ad Plautium*: « Si ita quis acceperit libertatem: "Stichus, si heres eum non manumiserit, liber esto" poterit ab herede manumitti: non contra voluntatem testatoris adimitur ei libertus. Sed non tam continuum tempus exi-

¹⁾ Dig. 40, 5, 46 pr.

²⁾ Ciò forse avviene per una benevola interpretazione del principio: « cum saepius datur servo libertas, placet eam favore valere, ex qua pervenit ad libertatem ». Dig. 40, 4, 1. Confr. anche 5 eod.

³⁾ Si riferiscono a questa materia i testi seguenti:

Dig. 40, 4, 19 (Giuliano): « Quidam heredem suum rogaverat, ut servum manumitteret: deinde, si heres eum non manumiserit, liberum esse iusserat eique legaverat; heres eum manumissit. Plerique existimant hunc ex testamento libertatem consequi; secundum hoc legatum quoque ei debetur ».

Dig. 40, 5, 34 § 2 (Pomponio): « Servus legatus erat Calpurnio Flacco isque rogatus erat eum manumittere et, si non manumississet, idem servus Titio legatus erat et is aequè rogatus erat ut eum manumitteret: si non manumississet, liber esse iussus erat. Sabinus dicit inutiliter legatum fore et ex testamento eum continuo liberum futurum ».

Può aggiungersi anche che, concorrendo la libertà data sub modo e quella diretta, prevale quest'ultima: Dig. 40, 7, 37 (Gaio); 40, 4, 9 pr. (Ulpiano), benché anche in questo caso, prima della riforma, di cui è cenno in Cod. 6, 45, 2 pr., il modus si facesse valere negando al legatario il legato, se non desse cauzione per il suo adempimento (confr. Dig. 40, 7, 48; 7).

gendum est, ut praecipitari cogatur heres vel ex peregrinatione celerius reverti ad manumittendum vel administrationem rerum necessariorum intermittere, nec rursus tam longum, ut, quamdiu vivat, protrahatur manumissio, sed modicum, quo primum possit sine magno incommodo suo heres manumittere. Quod si tempus adiectum fuerit, illud spectabitur».

È questo un fr., di per sè, assai chiaro: in esso si afferma valida la disposizione: Stichus, si heres eum non manumiserit, liber esto e, mancando il termine entro cui l'erede dovrebbe manomettere il servo, si dice che egli dovrà ciò fare, appena potrà senza suo grande incomodo. La prima parte del testo (Si quis ita - adimitur ei libertus), è con tutta probabilità di Plautio, poichè quanto segue appare quale un complemento della precedente decisione. Così è anche facile spiegare perchè, come appare dal modo con cui è proposto e risoluto il quesito, tale disposizione dava luogo a dubbj. Questi dubbj non sorgevano dalla disposizione in sè considerata¹⁾; ma dal fatto che essa appariva imperfetta, non avendo il testatore stabilito un termine entro cui, se l'erede non avesse manomesso lo schiavo, questi sarebbe stato libero. E infatti la questione del quando, in mancanza di termine, il debitore incorra nella poena, ha formato oggetto di dispute tra i giureconsulti della fine della repubblica e del principio dell'impero²⁾. Quali conseguenze traessero coloro, che avevano professato o professavano una teoria contraria a quella qui sostenuta da Plautio, non può dirsi con certezza, tanto più che la lettura della parola libertus nella frase: non contra voluntatem testatoris adimitur ei libertus, per quanto abbia a suo favore l'autorità dei Basilici (Heimbach 48, 5, 22), non è sicura, perchè alcuni manoscritti hanno invece la parola libertas. La nota di Paolo determina in modo assai equitativo sino a quando l'erede può manomettere lo schiavo. La teoria qui esposta è meno rigorosa di quella sostenuta da Q. Mucio rispetto al legato della penus (pag. 101); ma d'altra parte non è neppure un'applicazione pura e semplice dei principi relativi all'adempimento della condizione po-

¹⁾ Come era valido il legato penale della penus, così doveva essere valida questa disposizione. Si aggiunga che la validità della disposizione stessa è necessariamente presupposta nel fr. di Giuliano Dig. 40, 4, 19 cit. alla nota prec.

²⁾ Q. Mucio, Sabino e Pegaso citati da Pap. in Dig. 45, 1, 115 § 2. La mancanza del termine poteva dare alla stipulatio o al legato l'aspetto di una stipulatio o di un legato post mortem Ist. 3, 15 § 4, Gaio 3, 100; 2, 232.

testativa negativa. Applicando infatti tali principi al caso in esame, si sarebbe dovuto dire che, se l'erede non manomette il servo, la condizione apposta alla manumissio directa non si considera come verificata altro che con la morte dell'erede, perchè sino a quel momento v'è la possibilità che questi manometta il servo; invece il nostro testo esclude espressamente che l'erede possa indugiare tanto ut, quandiu vivat, protrahatur manumissio.

§ 28. Un altro elegantissimo caso tratta Giuliano in relazione alla disposizione stessa nel seguente fr.

Dig. 40, 7, 13, pr. Iulianus *libro quadragesimo tertio digestorum*: « Si quis ita libertatem dedisset: 'Stichus, si eum heres meus testamento suo non manumiserit, liber esto', secundum voluntatem defuncti hoc significari videtur 'si testamento suo heres non adscripserit ei libertatem', quare, si quidem heres libertatem servo testamento suo dederit, defectus condicione videtur; si non dederit, impleta condicione ultimo vitae tempore heredis ad libertatem perveniet ».

Questo testo è stato certamente alterato dai compilatori: indizi formali di interpolazione abbondano (quare, si quidem... defectus condicione videtur) ed essa è giustificata anche da ragioni sostanziali. Ciò che caratterizza il caso qui esaminato da Giuliano è appunto il fatto che il testatore ha voluto che il servo sia libero, se non sarà manomesso dall'erede nel suo testamento, in un atto cioè che questi, finchè è in vita, non solo può compiere, ma può anche revocare. Quindi per decidere, se la condizione si è verificata o è mancata e se compete o no al servo la libertà a lui data dal testatore, occorre necessariamente attendere la morte dell'erede, perchè allora solo sarà certo, se egli fece testamento e se in esso manumise il servo. Una disposizione siffatta ai tempi di Giuliano doveva necessariamente far sorgere dei dubbi sulla sua validità per il principio, allora in vigore, che la libertà testamentaria, alla stessa guisa del legato, era nulla, se fosse stata data post mortem heredis ¹⁾. È assai probabile che Giuliano qui escludesse l'applicazione di tale principio e dichiarasse perciò valida la libertà, considerandola come data, non post mortem heredis, ma cum heres morietur, tanto più che la stessa

¹⁾ Gaio 3, 232.

frase giulianea, che qui leggesi: «...si non dederit, impleta condicione ultimo vitae tempore heredis ad libertatem pervenient», ricorda assai da vicino le parole di Gaio 2, 232: «Ita autem recte legatur, cum heres meus morietur. quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo vitae eius tempore». Se, come credo, tale era la decisione di Giuliano, i compilatori si sarebbero limitati a togliere dal testo i richiami al principio dell'invalidità della manumissio testamentaria post mortem heredis, che esso necessariamente doveva contenere e che più non vige nel diritto giustiniano¹⁾.

Per quanto è a nostra conoscenza, le fonti nulla altro ci hanno trasmesso sui lasciti a titolo di pena validi, oltre i testi che siamo venuti esaminando nel presente capitolo. Questi testi sono ben lungi dal prevedere e dall'illustrare compiutamente la serie abbastanza numerosa delle disposizioni, che possono nel testamento assumere il carattere di lasciti a titolo di pena, per modo che i testi stessi non permettono di per sè soli di ricostruire in modo completo la teoria dei lasciti p. n. validi.

Data questa scarsezza delle fonti, sorge spontaneo il quesito: le gravi lacune, che la teoria dei lasciti p. n. presenta, possono essere, colmate, argomentando da quanto risulta relativamente alla pena convenzionale? Su questa delicata questione, la quale richiederebbe un lungo svolgimento, noi non vogliamo pronunciarci, perchè è ormai tempo di porre fine al presente studio; notiamo però, sembrandoci di averne data una sufficiente dimostrazione, che per lo meno la stipulatio poenae e il legatum per damnationem a titolo di pena, il quale costituisce la forma tipica dei lasciti p. n. (pag. 30), appaiono retti da principi fondamentali comuni. Quand'anche si prescindia dal fatto che Sabino non esitava in materia di stipulatio poenae principalis a giovarsi di una decisione Muciana relativa al legato della penus (Dig. 45, 1, 115 § 2), come nella doppia stipulatio poenae, in mancanza di una speciale convenzione il debitore inadempiente è tenuto soltanto alla poena²⁾, così nel doppio legato, se nulla espressamente dispose il

¹⁾ Cod. 8, 37, 11. Ist. 2, 20, 35.

²⁾ In questo senso PERGAMENT, *Conventionalstrafe und Interesse*, pagg. 18 segg. 79 segg. La tesi contraria sostenuta dal PEROZZI, *Istituzioni*, II, pag. 138, parmi poggi su fragili argomenti.

testatore, con tutta probabilità è dovuta la sola poena (pag. 82); Paolo, riportando la doppia stipulatio alla novatio Dig. 44, 7, 46 § 6 e il doppio legato alla translatio Dig. 35, 1, 1 § 8; 36, 2, 24, professava rispetto all'una e all'altro una teoria identica (pag. 97); la teoria giuliana, che ci è stata conservata a proposito del doppio legato Dig. 36, 2, 19 pr. § 1; 33, 9, 1, non solo si fonda su principî, che valgono indubbiamente anche per la stipulatio, ma s'incontra in fr. relativo alla stipulatio poenae Dig. 44, 7, 46 § 5 (pag. 100); finalmente la teoria bizantina, interpolata nei testi di Paolo sul doppio legato della penus, è identica a quello che costoro hanno interpolato nell'altro testo di Paolo relativo alla doppia stipulatio (pag. 98).

ANTONIO MARCHI.

STUDI CRITICI E GIURIDICI SUL DIGESTO

(Continuazione vedi anno XX, pag. 23).

Sulla "cautio usufructuaria".

Generalmente si ravvisano come cause della creazione della cautio usufructuaria nella forma tramandataci da Ulpiano in D. VII, 9. 1. pr. segg.¹⁾: 1° la necessità di ovviare agli inconvenienti che si verificavano dal non avere il proprietario azione per i deterioramenti della cosa, derivanti da eventuali omissioni (fatto negativo) dell'usufruttuario, in quanto questi non fosse tenuto che per i danni da lui arrecati alla cosa col fatto positivo proprio, in forza delle azioni speciali che dal fatto stesso nascessero (a. legis Aquiliae D. VII, 1. 13 § 2, eod. 15 § 3; interdictum quod vi aut clam (ibid.); actio iniuriarum, servi corrupti (VII, 1. 63)); 2° la tendenza a render più facile e spedito l'esercizio del diritto del proprietario allo spirare dell'usufrutto, risparmiandogli d'intentare l'azione di rivendica con relativa prova della sua proprietà, col fornirgli senz'altro l'a. ex stipulatu sorgente dalla cautio.

È merito del Karlowa²⁾ l'aver divinato - contro l'opinione comune - che anche prima - e indipendentemente - dell'apparir della cautio, il proprietario avesse mezzo di tutelarsi contro i danni da omissione, ed è merito del De Ruggiero³⁾ l'aver posto nel dovuto rilievo l'affermazione karlowiana, benchè anche il Lenel (*Édit*, II, 98

¹⁾ Doppia clausola: a) *usurum se boni v. arbitrato*; b) *cum ususfructus ad eum pertinere desinet restitutum quod inde exstabit*. Estensibile a qualsiasi modo di costituzione dell'usufrutto e non per il solo legato (§ 2 eod.); sì per le cose mobili che le immobili (§ 1 eod.); la stipulazione committitur: quanto alla prima clausola subito che si userà diversamente da ciò che un *vir bonus* arbitrabitur, e ripetutamente durante l'usufrutto (§ 6 eod.), quanto alla seconda al cessare dell'usufrutto.

²⁾ *Römische Rechtsgeschichte*, II, 539.

³⁾ Sulla cautio usufructuaria in *Studi in onore di V. Scialoja* p. 6 e sgg. dell'estratto. Cfr. anche PEROZZI, *Istituz.*, I, 500³.

e n. 2, *Edict. perp.*² (1907) § 171, pag. 356), ne ammettesse già la esistenza, in consonanza con uno scolio di Stefano nei Basilici (XVI, l. 13), nel quale l'azione sarebbe qualificata in factum, e, ad onta di una lettura dallo stesso Zachariae dichiarata dubbia, arbitraria⁴).

I passi a sostegno sono D. VII, l. 7 § 2 § 3; 9 pr.; 13 § 1⁵), dai quali appare come l'usufruttuario potess'esser costretto alla manutenzione della casa o a serere o arare fundum per mezzo di un arbitrer; in quanto tali obblighi sieno correlativi e dipendenti dal suo diritto di 'uti frui'.

Al pur chiaro significato di questi testi non si era mai dato, per l'innanzi, il loro giusto valore; o si ritenne che l'arbitrer, al quale accennano, fosse senz'altro quello della cautio: e se nel primo caso l'errore è di omissione, nel secondo è di sostanza. La giusta affermazione del De Ruggiero (o. c. pag. 11) che 'il dubbio che l'azione di cui qui si tratta non abbia nulla a vedere con quella nascente dalla cautio non può neppure affacciarsi', può corroborarsi con questa

⁴) ... ἐρωτηθεὶς ὁ Ἰουλιανὸς, εἰς τί δὲ ὁ πρ[ι]τωρ] τὴν ἰσφάντουμ π. τέ ἀρμόττει αὐτῷ ἀκούσιος, διὰ τοῦτο διδοσθαι παρὰ τοῦ πρ[ι]στορος ἵνα κατὰ δοκιμασίαν αὐτοῦ κίχρηται καὶ καρποῦται ὁ εὐσυρρουκτοῦρος. ὁ γὰρ τὸν ἀ[γρὸν] μὴ νεάζων ἦτοι ἀροτριῶν, καὶ ὁ τὰς ἀμπελούς μὴ γρ..... ἦτοι κοπιῶν..... τε καὶ καταμ..... σχεσθαι, ὡσάυτως δὲ ὁ ἀνεγόμενος τὸν τοῦ ὕδατος ἐλκυσμὸν ἦτοι τὸ ὑδραγωγίον διαφθεῖρεσθαι τ..... θαίρων οὐτ. ... ἡ κατέχεται τῷ ἀκούσιῳ καὶ εἰκότως ὁ πρ[ι]τωρ τὴν ἀρβιτραρίαν δίδωκε

Lo Zachariae n. p. (p. 70) osserva alla lettura ἀρβιτραρίαν: « In cod. oculis sese obtulerunt ductus hi: ἐνβιτρ ρ' i. e. ἐνβιτραρ'. Ex quibus ἀρβιτραρίαν facile efficitur. Reputes enim, me forte in legendo et librarium in scribendo hallucinatum esse ».

⁵) VII, l. 7. 2 (XVII ad Sabinum). Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum perlinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit [Celsus] libro octavo decimo digestorum, hactenus tamen ut sarta tecta habeat (da aedes [accus. plurale], sarebbe richiesto habeant che vi si riferisce).

VII, l. 7 § 3. Cassius quoque scribit libro octavo iuris civilis fructuarium per arbitrum cogi reficere, quemadmodum adserere cogitur arbores: et Aristo notat haec vera esse.

VII, l. 9. pr. Item si fundi usus fructus sit legatus, quidquid in fundo nascitur, quidquid inde percipi potest ipsius fructus est, sic tamen. ut boni viri arbitratu fruatur. Nam et Celsus libro octavo decimo digestorum scribit cogi eum posse recte colere.

VII, l. 13. 2 (XVIII ad Sabinum). Denique consultus (sc. Julianus) quo bonum fuit actionem polliceri praetorem, cum competat legis Aquiliae actio, respondit quia sunt casus, quibus cessat Aquiliae actio, ideo iudicem dari ut eius arbitratu ulatur: nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.

considerazione che, se la stipulatio di un obbligo di fare o non fare (e non v'è dubbio che tale fosse l'obbligo imposto dalla cautio fructuaria per quanto s'attiene al modo di usufruire) consideravasi come avente per oggetto un incertum (D. 45, 1. 75. 7.), l'actio ex stipulatu che ne sorgeva dovette essere redatta nel modo rescio noto da Gai. IV, § 51, nè ad altro portare se non ad una condanna pecuniaria. E ciò mal s'accorda con la precisa espressione cogi per arbitrum, che indicando il preciso potere dell'arbitro, non può avere un senso indeterminato e indicare una costrizione indiretta. Aggiungi l'argomento che si ritrae da D. VII, 1. 13. pr.: Cum igitur de usufructu agitur non solum quod actum est arbitratur, sed in futurum quemadmodum uti frui debet. Se ciò si dovesse riferire alla cautio, la quale ha appunto per suo contenuto 'uti frui ut bonus pater familias uteretur' (Paul. R. S. III, 6. 27.), e quindi stabilisce già in antecedenza il grado di diligenza cui è tenuto l'usufruttuario, e per di più, a detta dello stesso Ulpiano si commetteva statim, le quante volte aliter fuerit usus (VII, 9. 1 § 6), non si comprende in alcun modo la parte del giudice che stabilisce, oltre che arbitrare sul modo di usufruire contrario alla promessa, anche sul modo di usare in futuro. Ma se ciò era per ogni evenienza già stabilito dalla cautio! E il giudice doveva limitarsi a constatare se il fatto corrispondeva all'obbligo assunto colla stipulazione, e, in caso negativo, procedere alla condanna; un dettar norme in futurum in un'azione ex stipulatu avrebbe esorbitato dai suoi poteri, tanto più che una nuova cautio non sarebbe stata che un'inutile ripetizione di quella già prestata (cfr. il saepius committetur: D. VII, 9. 1).

Ancora: tanto Celso (D. VII, 1. 7. 2-3) in Ulpiano, quanto Cassio e Aristone e Nerazio sembrano aver dubitato della portata dell'obbligo dell'usufruttuario, se hanno sentito il bisogno di ribadire a più riprese che a lui spetta la modica refectio dei tetti, il serere arbores, l'arare fundum (e Nerazio, dice Ulpiano, 'notat haec vera esse'). Come ciò si può spiegare ammettendo che già ai tempi di Cassio e Aristone e Nerazio esistesse la cautio obbligatoria per i danni da omissione? Il dubbio non sarebbe neppur sorto e non vedremmo i giuristi disputare se sia proprio vero che l'usufruttuario vi sia tenuto. Per ora quest'argomento si fa valere in quanto dimostri ch'essi avevano riguardo a un mezzo giuridico che *non era la cautio*.

Resterebbe quindi assodato che oltre alla cautio appariva un'azione arbitraria, che l'avrebbe storicamente preceduta come mezzo giuridico a sè stante, e avrebbe continuato a coesistere con essa con identico scopo della prima clausola di quella.

Ma non oltre si è detto: 1) sulla natura di quest'azione, nè 2) sull'epoca dell'apparir della prima clausola della cautio: due problemi che qui si vorrebbero prendere brevemente in esame.

I.

L'opinione del Karlowa è giusta in quanto ammette che per altra via il proprietario fosse protetto contro il mal uso dell'usufruttuario: ma è manchevole (e al proposito è giusta l'osservazione del Ferrini, *Pand.* p. 479, n. 4); nè soddisfa di più il sapere dallo scolio di Stefano - se pur è certa la lettura - che l'azione dovett'essere arbitraria. Invero una comune a. arbitraria avrebbe avuto l'effetto normale di procedersi alla condanna del convenuto ov'egli si rifiutasse di eseguire la sentenza: non altro; ma non rientrava nella normale potestà del giudice in queste azioni di prescrivere anche di usare in futurum in un certo modo, nè di costringere a prestare una cautio. Che l'azione contenesse la clausola arbitraria non si nega, ma dovett'essere un'azione già esistente nel sistema giuridico con proprio nome, non un'azione introdotta per le omissioni. A dare il lor giusto valore alle espressioni, nel passo citato, il 'cum igitur de usufructu agitur' non può riferirsi che ad una delle azioni sorgenti dal rapporto di usufrutto [e tali non sono nè la cautio⁶⁾ di usare b. v. a. nè l'azione arbitraria del Karlowa], tanto più che anche il seguito: 'non solum quod actum est arbitratur, sed in futurum quemadmodum uti frui debet', richiama l'ufficio normale del giudice nelle azioni da servitù (D. VIII, 5. 7).

Ma si aggiunga, come ulteriore argomento: D. XXXIX, 2. 9. 5 Ulp. *LIII ad edict.* «... Idem (sc. Celsus) ait eum quoque fru-

⁶⁾ per il significato di agere = agire in questo luogo, cfr. il *Voc. iurispr. rom.* h. v. Erra quindi l'ELVERS (*Die römische Servitutentheorie*) p. 474 che, equiparando l'a. ex stipulatu a un'actio de usufructu, vede senz'altro qui la menzione dell'a. dalla cautio.

ctuarium qui non reficit a domino uti frui prohibendum». Celso, che in D. VII, 1. 7. 2, opina essere l'usufruttuario tenuto alla refectio modica dei tetti, dice qui chiaramente che il dominus può impedirne l'esercizio dell'usufrutto quand'egli non adempia l'obbligo che gl' incombe⁷⁾. Nè, mi pare, possa mettersi in dubbio che un prohibere uti frui non rientrasse negli effetti normali di un'a. arbitraria, come tale⁸⁾. Se si considera che l'azione, di cui qui Celso parla, ha un proprio contenuto diretto a proibire l'esercizio dell'usufrutto, e che tale effetto si rinviene in una delle azioni nascenti dall'usufrutto, e si tiene presente quanto si è osservato più sopra a proposito di D. VII, 1. 13. 1, l'ipotesi che l'adempimento degli obblighi che poi garanti la cautio, fosse prima di essa perseguibile con una delle azioni che proteggevano il proprietario nei suoi rapporti con l'usufruttuario, acquista grado di certezza.

È noto che al proprietario, oltre alla negatoria, che investe il diritto di usufrutto, spettava anche un'a. prohibitoria, la cui esistenza è, può dirsi, ormai tanto pacifica, quanto invece n'è discusso il contenuto. Da poi che lo Zachariae⁹⁾ ebbe a scoprirne i vestigi in uno scolio stefaneo¹⁰⁾ ai Basilici - il quale ha riscontro in alcune glosse e collima con una notizia delle glosse nomiche alla Syn. di Psellus¹¹⁾, la critica s'è industriata di delimitarne e fissarne il va-

⁷⁾ Ciò è diverso da quanto sostenevano molti fra i vecchi commentatori, che cioè la mancata prestazione della c. d. i. era causa di estinzione del d. d'usufrutto. Vedi in questo senso anche Glück, *Erläuterung...* § 641 b e § 658 = trad. ital. pp. 350 e 440 e ivi gli autori).

⁸⁾ De-RUGGIERO (op. cit. pp. 9-10) sembra ritenere che questo fosse un effetto del giudizio arbitrale karlowiano. Ma resta a dimostrarsi, nè è possibile, che una azione arbitraria avesse questo effetto speciale; se non si convenga con la tesi che noi sosteniamo.

⁹⁾ *Die prohibitoria actio* in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, XII (1849), pp. 258-288.

¹⁰⁾ *Bas. Suppl.* ed. Zachariae, p. 112 sg. Bas. XVI, l. 6 schol. Ὁ πράιτωρ καὶ τοῖς ἀσώματα ἐκδικῶσι δίδωσι τύπους τινάς, ἕνα μὲν τὸν κομφισσόριον, ἔχοντα οὕτω· εἰ φαίνεται μὲ δίκαιον ἔχειν, ἕτερον δὲ νεγατόριον, ἔχοντα οὕτως· εἰ φαίνεται σε μὴ ἔχειν δίκαιον τοῦ οὗτι φρουρὶ ἰνβίτο με. προτέθεικε καὶ ἄλλον τύπον προνιβιτόριον οὕτως συγχεόμενον· εἰ φαίνεται μὲ δίκαιον ἔχειν τοῦ κωλύειν σε τοῦ uti frui κτλ.

¹¹⁾ LABBÉ in *Veteres glossae iuris verborum*, pag. 99: προνιβιτ. ἀγωγὴ κωλυτικῇ || προνιβιτορία κωλυτικῇ. Gloss. Bosquet. a Psellus: προιβιτορία ἡ γρουν κωλυτικῇ, κωλύουσα τὸ γινόμενον εἰς βλάβην. Psellus, *Sin.*: ἡ δὲ προιβιτορία τίς (MEERMANN, *Thes.* I, 69). Conforme havvi un'altra notizia consimile in un trattato

lore: ma sembra che la questione sia ancora sub iudice, poichè non appagano del tutto le ultime dottrine esposte in proposito. Contro lo Zachariae si sollevarono le opposizioni dello Stephan¹²⁾, del Hesse¹³⁾, dello Schmidt von Illmenau¹⁴⁾, e, ancora, più tardi, del Lenel¹⁵⁾, il quale ebbe a negarla risolutamente, fondandosi, tra altro, sulla poca fede da prestarsi a Stefano come storico del diritto antico. Dopo che Schott¹⁶⁾ e Ferrini¹⁷⁾ ebbero a riconfermarne la esistenza con ipotesi proprie, riprendendo così quell'affermativa che già prima della critica del Lenel aveva trovato sostenitori in Karlowa¹⁸⁾ e Voigt¹⁹⁾, il Lenel stesso²⁰⁾, con alto senso di sincerità scientifica, ripudiò la sua precedente opinione ed ammise che l'a. prohibitoria abbia fatto parte del sistema giuridico romano; ciò che anche il Karlowa riconfermò con una sua nuova dottrina²¹⁾.

Rifare la storia particolareggiata di queste dispute sarebbe fuor di luogo, tanto più che molte dottrine non hanno resistito alla critica²²⁾: si esaminano qui solo quelle del Lenel e del Karlowa.

bizantino inedito anteriore ai Basilici (cfr. K. WITTE, *Rhein. Mus.* III, 76 e H. WITTE, *Ueb. Beweislast bei d. a. neg.* in *Zeitschrift f. Civilt. u. Proz.* N. F. XIII (1856), pag. 392): in rem prohibitoria ἐμοίως τῇ νεγаторίᾳ κινεῖται καὶ αὐτῇ κωλύουσα τὸ γινόμενον πρὸς βλάβην, ἐπὶ τε δουλείᾳ καὶ χρήσεως καρπῶν. λέγει γάρ· εἰ φαίνεται δίκαιον ἔχειν με κωλύειν σε. κινεῖται δὲ καὶ παρὰ τῶν αὐτῶν προσώπων καὶ τὰς ὁμοίας ἔχει καταδικᾶς ταῖς πρὸς αὐτῆς, ὡς μηδὲν διαλάττουσα.

¹²⁾ *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* XIV, p. 274 sgg.

¹³⁾ *Jahrbücher für Dogm.* VIII, p. 72 sgg.

¹⁴⁾ *Zur Lehre v. d. confess. u. d. negat. actio* in *Zeitschr. f. Geschichtl. Rechtswissenschaft*, XV (1850), p. 149 sgg.

¹⁵⁾ *Beiträge z. Kunde d. Edicts etc.* in *Zeitschrift d. Savigny-Stiftung* (r. A.) II (1881), p. 72 sgg.

¹⁶⁾ *Das ius prohibendi und die formula prohibitoria* (Sonderabdruck da *Festschrift zum doctor Iulianus des prof. Windscheid*), Lipsia, 1889.

¹⁷⁾ *Sull'esistenza della formula proibitoria nell'editto pretorio* in *Studi giuridici e storici pubblicati per l'VIII centenario dell'U. di Bologna*, 1888, p. 83 sgg.

¹⁸⁾ *Röm. Civ.-Proc. z. Zt. der Legisactionen*, p. 95.

¹⁹⁾ *Berichte der Kgl. sächs. Ges. d. Wiss. histor. phil.* XI, 1874, p. 220 sgg.

²⁰⁾ *Nachträge zum Edictum perpetuum* in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* (r. A.) XII (1891), pp. 1-14.

²¹⁾ *Römische Rechtsgeschichte* II, p. 470 sgg.

²²⁾ Per la critica della prima opinione del LENEL cfr. FERRINI, op. cit.; per la critica delle opinioni del VOIGT, della prima del KARLOWA e di quella dello SCHOTT cfr. LENEL in *Z. S. S.* XII, pp. 5-9; il LENEL si pronuncia contrario alla seconda dottrina del Karlowa in *Édit* II, 217^a; *Edict. perp.*², p. 186^a.

1° Secondo la nuova opinione del Lenel, avanzata come ipotesi nel citato articolo della *Z. S. S.*²³⁾ e mantenuta nelle edizioni successive dell'editto²⁴⁾, l'azione proibitoria e la negatoria non avrebbero un diverso contenuto proprio. Movendo dal concetto - controvertibile, ma da lui accettato con qualche breve acuta considerazione - che l'a. negatoria abbia a suo fondamento un tale rapporto capace di formare il contenuto di una servitù e non qualsiasi attentato al d. di proprietà, egli afferma la negatoria esperibile soltanto contro chi vantasse un ius in senso tecnico ad una servitù; e poichè queste si costituiscono o iure civili (ius in senso tecnico), o tuitione praetoris, la negatoria poteva intentarsi solo contro colui che vantasse una servitù iure civili, non anche contro chi vantasse una servitù iure praetorio. Un' intento: si p. N. N. ius non esse uti frui, in caso di usufrutto costituito per pacta e stipulationes era senza senso, poichè tendeva a negare nel convenuto un ius che questi non aveva; mentre un' intentio prohibitoria nella forma stefanea presentavasi di per sè quant'altra mai conveniente per negare una servitù costituita iure praetorio²⁵⁾.

Il Lenel stesso riconosce che questa sua ipotesi non è suggerita da alcun luogo delle fonti²⁶⁾: e già il Monnier²⁷⁾ si limitò a esitare innanzi a questa soluzione; la quale, sembra a noi, non ostante la sua geniale semplicità, non possa accogliersi. Innanzi tutto si può obiettare al Lenel quanto egli obiettava alla prima dottrina del Karlowa, che tanto sottile e praticamente irrilevante è la distinzione da mal comportarsi con le caratteristiche di praticità del d. romano, o quanto affermava lo Zachariae (op. cit. pag. 276), e pure il Karlowa (*R. Rgsch.*, II, 469) conferma, che il pretore verosimilmente non per-

²³⁾ vedi nota 20.

²⁴⁾ *L'Édit perpétuel* (trad. PELTIER) II, pp. 216-217; *Edict. Perpet.*² (1907) h. l.

²⁵⁾ Egli ammette però che, una volta introdotta, l'a. prohibitoria potè applicarsi anche ai casi di usufrutto (e servitù) costituiti iure civili (op. cit., p. 14).

²⁶⁾ Anzi cerca di distruggere pur il valore probatorio di D. VII, 6, 5 pr., richiamandosi alla sua precedente interpretazione di questo passo (*Z. S. S.* II, l. c.), che menzionerebbe la sola negatoria (il sibi ius esse prohibendi non sarebbe se non una Umschreibung d. intentio negatoria, p. 74) e ritenendo, ad ogni modo, probabile che i compilatori abbiano soppresso la ragion della distinzione, com'è anche in D. VIII, 5, 11, perchè a' loro tempi essa non era più necessaria.

²⁷⁾ *Nouv. Rev. hist. de droit* ... 19 (1891), p. 681 sgg.

devasi in 'blosse Stilübungen'. D'altra parte quella stessa eccessiva scrupolosità, che secondo il Lenel avrebbe impedito di dar la negatoria contro un ius d'origine onoraria, potrebbe suggerire che la negatoria di un ius d'origine civile fosse esperibile contro chi vantava un dir. a base pretoria appunto perchè essa negava un ius tecnico e questo in realtà non esisteva! Che la proibitoria avesse lo stesso contenuto della negatoria è reso improbabile dal considerare che la sua stessa formulazione (s. p. m. ius esse prohib.) non tende a negare un ius, ma solo ad affermare un diritto di proibire, che può avere svariato contenuto ed anche fondar l'azione non in materia di servitù (cfr. ad es. D. VIII, 5, 11): e piuttosto è qui da notarsi che una tale intentio che dovrebbe determinare la pretesa dell'attore, non riuscirebbe propriamente a determinarla nel senso che al convenuto non spetti il diritto civile o pretorio di servitù. Ma si può obiettare alla dottrina del Lenel: 1) Come mai la scrupolosità pretoria che avrebbe introdotto nell'albo un'azione per il caso di negazione di un diritto di usufrutto costituito iure praetorio, non ha anche sentita la necessità di introdurre una confessoria speciale per chi vantava un diritto di usufrutto costituito iure praetorio? Che anzi in tal caso è più evidente la Sinnlosigkeit, rilevata dal Lenel per la negatoria, perchè l'attore intenderebbe un ius tecnico che egli non ha. Ciò vale in quanto se non si avvertì la necessità di questa speciale confessoria, tanto meno la si dovette avvertire per una proibitoria da sostituirsi alla negatoria normale. 2) D. XX, l. 11. 2. Marcian. (*l. sing. ad form. hypoth.*): 'Usus fructus an possit pignori hypothecae dari, quaesitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro XI responsorum tuendum creditorem et si velit *cum creditore proprietarius agere non esse ei ius uti frui invito se*, tali exceptione eum praetor tuebatur, si non inter creditorem et eum ad quem usufructus pertinet, convenerit, ut usufructus pignori sit.'

Qui la negatoria è esperibile dal proprietario contro chi è nell'esercizio dell'usufrutto per causa di pegno o d'ipoteca, contro quindi chi non poteva assolutamente vantare un diritto sull'usufrutto come tale. Se fosse vera la dottrina del Lenel, dovrebbe apparire la formula proibitoria in luogo della negatoria. Nè si vede come i compilatori dovessero aver sostituita questa a quella, se si ammette come

fa il Lenel che essi non ebbero alcuno speciale motivo a togliere le tracce della proibitoria.

Il Karlowa, per contro, pensa che l'azione negatoria e la proibitoria avessero un proprio contenuto distinto; e che la differenza si rilevi dal significato di proibere = impedire che alcunchè accada: con queste determinazioni specifiche, rispetto alla esperibilità della proibitoria: a) che il fatto non sia ancora compiuto (quindi essa non sarebbe data contro un 'aedificatum'); b) che il fatto sia contro il d. del proprietario; c) che il fatto sia tale da effettuare una durevole mutazione della cosa. Questa dottrina, almeno nel suo principio fondamentale, sembra a noi, come già al Monnier, che meglio si confaccia ai pochi testi rimasti; osservasi però come quelle particolari determinazioni non si comportino con la funzione della proibitoria nell'usufrutto (secondo la formula stefanea): l'A. infatti delimita il campo di essa a certe categorie di servitù proprie (vedine l'enumerazione op. cit. pag. 470) senza nè pur ricordarla nell'usufrutto; cadendo così in un eccesso opposto a quello del Voigt, che la restringeva alle così dette servitù personali²⁸). Non ci par dubitabile che la proibitoria fosse data contro turbative del diritto di proprietà, per le quali l'azione negatoria non era esperibile come quella che teneva specificamente e solo a negare il diritto di servitù. E che la proibitoria sorpassi il campo delle servitù, il Lenel stesso ammette (op. cit. pag. 14), poichè D. VIII, 5, 11 la dimostra esperibile dal condomino, e tra condomini non corre alcun rapporto di servitù (D. VIII, 2, 26; X, 3, 28).

Senza discutere particolarmente sulla natura del *ius prohibendi*²⁹),

²⁸) Op. cit. Opinione giustamente criticata dal FERRINI, op. cit., p. 100, e dal LENEL, Z. S. S. XII, p. 5, perchè la notizia di STEFANO riguarda gli *ἀσώματα* in genere, e quindi non le sole c. d. servitù personali e perchè vi contraddice D. VIII, 5, 11.

²⁹) Si osserva però che la determinazione del *ius prohibendi* nel senso ristretto voluto dallo SCHOTT (op. cit., p. 8 sgg., p. 47) — cioè come: 'das im ius civile anerkannte und durch das civilrechtliche Mittel der operis novi nuntiatio geschützte Recht auf definitive Verhinderung eines Neubaues' — cade con la stessa dottrina dello SCHOTT che le serve di base (cfr. nota 22). Resta quindi vera la dottrina dominante, almeno nelle sue linee generali (BEKKER, BURCKARD, HESSE, STÖLZEL), che assume il *ius prohibendi* come un'emanazione del diritto di proprietà. Ciò, del resto, è ammesso anche dal Karlowa (R. Rechtsgesch. II, p. 470) e dal LENEL (Z. S. S. XII, p. 14).

si vuol qui considerare la proibitoria nell'usufrutto. Si prendano le espressioni: 'ius non esse utendi fruendi' e 'ius prohibendi uti frui' e, tenendo presente la necessità di delimitare e fissare con esattezza il campo della pretesa, in iure, si comprenderà di leggieri come un'identificazione nei presupposti e nello scopo delle due azioni non sia possibile; l'attore con la prima nega il diritto e con ciò afferma che il suo diritto di proprietà non è limitato dal diritto di usufrutto; con la seconda si limita a far valere un suo diritto di proibire, e ciò presuppone una determinazione di questo che può avere movente diverso a seconda dei casi e che sebbene sia un'emanazione del suo diritto di proprietà tende non tanto a negare nel convenuto il diritto di usufruire come tale, quanto ad affermare che il diritto dell'attore dev'essere rispettato e perciò proibito il comportamento che l'offende. Ne consegue che la proibitoria nell'usufrutto non può che investire l'esercizio (tanto più che un prohibere ha senso non in rapporto a un diritto, ma ad un fatto), onde costringere l'usufruttuario a mantenersi entro i limiti del suo diritto di usufruire della cosa, salva la sua destinazione. Infatti un ius prohibendi del proprietario non può essere in lui affermato contro l'usufruttuario (per effetto del potere di disposizione di questi sulla cosa derivante dalla natura giuridica dell'usufrutto) se non quando esso usi della cosa contro le norme che regolano la sua condotta in rispetto alla cosa stessa. Ad es. L'usufruttuario fabbrica una casa sul fondo in usufrutto: può il proprietario senz'altro proibire ch'egli fabbrichi? Lo può solo se il fabbricare sia contro la destinazione della cosa in usufrutto o esorbiti dai poteri dell'usufruttuario: onde l'azione deve vertere sull'usufrutto perchè si possa decidere se il fatto è contrario o non alla natura ed alle esigenze giuridiche dell'usufrutto stesso nel caso concreto.

Nelle fonti trovasi qualche passo che si riferisce alla nostra azione:

D. XXXIX, 2. 9. 5. ULP.IAN., *l. LIII ad edict.* « Celsus certe scribit, si aedium tuarum ususfructus Titiae est, aut dominum repromittere aut Titiam satisfacere debere. Quod si in possessionem missus fuerit is cui damni infecti cavendum fuit, Titiam uti frui prohibebit. Idem ait eum quoque fructuarium qui non re-

ficit a domino uti frui prohibendum: ergo et si de damno non cavet, dominusque compulsus est repromittere, prohiberi debet frui ».

Celso decise che il proprietario dovesse repromettere d. i. nomine o l'usufruttuario prestare la cautio (satisfactio): ciò è confermato anche da Paolo D. eod. tit. 10 come opinione di Cassio. Se la satisfactio non fu prestata, ed il terzo ottenne la 1^a immissione nel possesso, contro l'usufruttuario il dominus intenterà l'azione proibitoria. Poi Ulpiano seguita a riportare l'opinione di Celso, ed argomenta così: siccome Celso scrive che anche si può impedire all'usufruttuario di uti frui, quando non ripari la casa (e naturalmente questo è da porre in relazione con le idee celsine sulla reffectio modica di cui in D. VII, l. 7) ne consegue che se l'usufruttuario non presti la cautio e perciò il proprietario debba repromettere, questi può proibirne l'esercizio dell'usufrutto. Il che in altre parole significa che la costrizione del dominus a prestare la cautio d. i. perchè vi si rifiuti l'usufruttuario, dà nascita a un suo ius prohibendi, non altrimenti che la mancata reffectio obbligatoria, da parte dell'usufruttuario, dà pur nascita a un ius prohibendi uti frui.

Non altro sembrami possa essere il significato del nostro frammento, interpretato senza preconcetti.

È curioso invece notare come la maggioranza ne abbia fatto giustizia sommaria. Nel fervore delle dispute sollevate dalle affermazioni dello Zachariae, i critici neganti l'azione proibitoria sonosi industriati a ridurre al minimo il numero dei testi che nella compilazione, in qualche modo la menzionano, contentandosi, il più delle volte, di negazioni pure e semplici, che non hanno altro valore se non quello dell'autorità di chi le ha emesse: e di queste negazioni sonosi poi appagati anche i fautori della proibitoria: venendosi, per tal via, a costituire una specie di tradizione interpretativa, che s'è comoda alla dimostrazione d'una tesi, non è confacente ad un rigoroso metodo esegetico⁸⁰).

⁸⁰) Lo SCHMIDT v. ILLMENAU, si sbarazza del nostro testo osservando tout court che esso non può esser tratto nella questione perchè 'keine Klage namhaft macht'. Nè il WITTE (op. cit.) ha una sola parola su di esso; ed il PERNICE H., *Commentationes iuris romani duae*. Halle 1875 si limita ad osservare in proposito (p. 171) 'sed posteriorem hunc prohibitoriae usum ipse Zachariae non magni facit'.

Questi autori sono citati dal LENEL (Z. S. S. XII, p. 5) come quelli a cui de-

Secondo l'Elvers⁸¹⁾, che si può considerare qui come rappresentante della communis opinio, non è ammissibile un atto d'autorità del proprietario tendente ad impedire l'esercizio dell'usufrutto perchè ciò sarebbe in contraddizione con l'ordinamento giuridico statale; non può quindi trattarsi che di un caso specialissimo, in cui il proprietario può ottenere dal pretore un decreto, che toglie all'usufruttuario l'usufrutto, con procedimento analogo a quello della cautio damni infecti. Se non che, mentre la lettera stessa del frammento, che, appunto per trattarsi di un mezzo speciale, dovrebbe farne chiara menzione, è contraria per sè a tale ipotesi, d'altra parte l'unico argomento che l'Elvers rileva nella connessione diretta tra questo ipotetico mezzo protettivo concesso al dominus e il procedimento della cautio damni infecti, connessione che dimostrerebbe un'affinità giuridica dei due mezzi, non ha valore: perchè, come s'è detto, e com'è indubbio secondo il chiaro significato risultante dalla materiale connessione delle parole e delle idee, il giurista argomenta da un'affermazione del ius prohibendi di usufruire per il mancato adempimento dell'obbligo della refectio, al ius prohibendi nel caso di mancata prestazione della c. d. i. per parte dell'usufruttuario. Per render solo possibile l'asserto dell'Elvers il giurista dovrebbe presentarci un'inversa argomentazione, con dire ed es: siccome la mancata prestazione della c. d. i. porta alla missio in possessionem, anche in caso di mancata refectio il proprietario può impedire con mezzo analogo l'esercizio dell'usufrutto!

È per di più noto che, se tanto il proprietario che l'usufruttuario sono tenuti l'uno a repromittere, l'altro a satisfacere ex c. d. i. verso i terzi (D. XXXIX, 2. 10 e 22⁸²⁾, non corre tra loro obbligo, almeno

vesi l'esclusione dalla questione, dei vari testi (e quindi anche del ns.) addotti dallo Zachariae a sostegno della sua tesi, e dopo i quali 'bedarf es eines näheren Eingehens hierauf nicht mehr'. Almeno per il passo che qui ci interessa non sembrano convincenti le ragioni addotte!

⁸¹⁾ Op. cit., pp. 458-459. Cfr. pure in senso analogo Glück, *Erläuterung*, VII, § 611 b (trad. it. pp. 319-350).

⁸²⁾ Anzi Paolo (*l. X ad Plaut.*) qui conferma in certo modo l'opinione celcina: 'et si optulerit proprietarius aliquid (sc. ex causa damni infecti) non est usufructuario permittendum uti nisi contulerit. A favore della ns. interpretazione stanno anche: 1) Arg. da D. XXXIX, 2. 24. 6 (Ulp. *l. LXXXI ad edict.*): quamquam autem stipulatio (scil. d. i.) committitur cum vitio operis damnum factum sit, tamen si opus factum est ab eo quem promissor prohibere non potuit, stipulatio

per principio, di prestarsi vicendevolmente la cautio stessa (D. eod. tit. II. 20 e 18. 2).

Del resto la opinione di Celso in D. XXXIX, 2. 9. 5 resta confermata da D. VII, 1. 7. 2, dove ammesso, pure da Celso, l'obbligo alla refectio dei tetti, si prosegue: Si qua (sc. tectoria) tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit *passurum fructuarium uti*. E ciò significa che all'infuori di questi due casi, il proprietario poteva non pati (= prohibere) uti frui. Non diversamente si argomenta da D. VII, 1. 7. 3: Neratius autem l. IV membranarum ait non posse fructuarium prohiberi, quominus reficiat, quia nec arare prohiberi potest aut colere. La prima parte del § 3 è, di più, argomento a ritenere che lo stesso rimedio dato per la mancata refectio aedium si estendesse anche agli altri casi di ommissione dannosa ricordati dalle fonti, in rispetto ai quali non esiste d'altronde motivo di un diverso trattamento giuridico.

Se ora si consideri come questa facoltà di proibire a cui accennano i testi esaminati, non si può altrimenti spiegare nè come effetto di un atto di arbitrio o di violenza del proprietario contro il quale l'usufruttuario è protetto dall'interdetto: si uti frui prohibitus esse dicetur, nè come effetto della cautio; nè con la stessa negatoria che investe il diritto di usufrutto, resta assodata la nostra ipotesi che il ius prohibendi del dominus aveva sua espressione anche qui nell'a. prohibitoria. La quale, i frammenti veduti, dimostrano per le omissioni.

Ma non è difficile convincersi che spettava al proprietario per quei fatti che rappresentano forme di abusi, come le trasformazioni e mutazioni contrarie all'uso ed alla destinazione della cosa come

non committetur. Se ne evince che il proprietario essendo tenuto alla repromissio ex c. d. i. ciò era appunto in quanto poteva proibire l'usufruttuario; 2) D. XXXIX, 2, 10 (PAUL. XLVIII ad edict.): nisi proprietario repromittenti fructuarius caveat, denegandam ei fructus petitionem. Come questa denegatio fructuum potesse avvenire quando l'usufruttuario fosse già in possesso dell'usufrutto, non si riesce a spiegare convenientemente, se non ammettendo che eragli denegata l'eccezione ch'egli facesse valere contro la proibitoria intentatagli; 3) D. VII, 1. 15. 6 (ULP. l. XVIII ad Sabin.). . proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem ne deteriorem eius condicionem faciat... de quibusdam plane dubitatur si eum *uti prohibeat* an iure id faciat... et putant quidam... *uti prohibendum*. È indubitabile qui la esistenza del ius prohibendi (e se ne discute), al quale doveva pur corrispondere un'azione!

egli la ricevette, anche se ne accrescano il valore economico o ne aumentino il reddito, in quanto un tale procedimento sia contrario all'essenza stessa dell'usufrutto⁵³).

⁵³) Vive sono state le discussioni nella dottrina per raccogliere sotto un unico principio le varie norme date dai giuristi romani per molteplici casi concreti. Si può però tener per fermo che il limite alla potestà di disposizione dell'usufruttuario è segnato dallo stato e dalla destinazione della cosa al momento in cui acquista l'usufrutto: il suo obbligo di usare da buon padre di famiglia si fissa entro e non oltre questo limite. Così deve intendersi — se pure non è stato rimangiato — il principio in D VII, 1. 15. 6: *Proprietatis dominus non debet impedire fructuarium ita utentem ne deteriore conditionem eius faciat*, che a prima vista sembrerebbe restringere la proibizione da parte del proprietario al solo uso che danneggia la cosa, mentre risulta da altri passi che non è concesso all'usufruttuario di mutare per niuna ragione la cosa (cfr. ad. es. D. VII, 1. 7. 3 in fine e 8; arg. da VII, 1. 13. 4 dove nella mutazione di un giardino di piacere in un frutteto si avrebbe un miglioramento economico, eo l. 41 (Nerat. l. III membr. *Usufructuarius novum tectorium parietibus, qui rudes fuissent, imponere non potest, qui tametsi meliorem excolendo aedificium domini causam facturus esset, non tamen id iure suo facere potest, aliud quae est tueri quod accepisset an novum faceret*). Per mettere questo fr. in armonia con la fine del fr. 13 § 5. eod. si è escogitata una differenza, per d. classico senza ragione, tra usufrutto di fondi urbani, per cui ogni miglioramento sarebbe interdetto, e di fondi rustici, per cui i miglioramenti sarebbero da ammettersi in una certa misura, elaborandosi vari sistemi per spiegare questa differenza. Cfr. GLÜCK, *Erläuterung* ... l. VII, § 635, trad. ital. p. 194 sgg.).

Il fr. 13 § 5 D. VII, 1, nella sua parte ultima si palesa opera giustinianea (fu già in qualche modo sospettato dal NOORT, *De usufructu* I, c. 6), sia per l'espressione *meliorare proprietatem* che il SECKEL (*Handlexicon* h. v.) ritiene prettamente bizantina: cfr. per l'interpolazione anche: PAMPALONI in *Bullett. Ist. Dir. Rom.*, XIX, p. 91⁹¹; sia per il forsitan che dimostra una incertezza non spiegabile in un giurista classico, sia anche per il principio falso (cfr. D. eod. l. 41, e l. 7 § 3 e l. 8. l. 13 § 6, dove viene in considerazione il fatto che un giorno il proprietario non possa sopportar la spesa d'esercizio di un opificio e l. 3 § 7), che la mutazione sia permessa in quanto si ottenga con essa un maggior reddito. Anzi considerando come il § 4 della legge 13, iniziatosi con l'affermazione *'fructuarius causam proprietatis deteriore facere non debet, meliorem facere potest'*, continua con esempi di fatti che deteriorano, nasce il dubbio fondato che anche *'il meliorem facere potest'* sia insitico; tanto più ove si consideri che Ulpiano non poteva formulare il principio in modo così generale, dal momento che Nerazio (fr. 41, eod.), nega il diritto dell'usufruttuario *'tametsi meliorem excolendo aedificium domini causam facturus esset'*. Dal fatto che in questo passo Nerazio nega che l'usufruttuario possa *imponere* un nuovo *tectorium* alle pareti disadornate, mentre in l. 7 § 3 eod. ammette la manutenzione dei tectoria esistenti, si trae conferma del principio enunciato più sopra.

Sulla questione se l'usufruttuario possa riavere le spese incontrate per *refectiones* oltre quelle cui è tenuto, deciderebbe la c. 7 C. III, 33 (Gordian. 243): *Eum ad quem ususfructus pertinet, sarta tecta suis sumptibus praestare debere explorati*

Del resto già il Donello acutamente osservava che in tali casi non erano esperibili nè le azioni speciali (a. legis Aquiliae, etc...) e neppure la cautio, poichè questa effettuava il risarcimento del danno; e riteneva senz'altro esperibile la rivendica, senza però arrecarne alcuna persuasiva ragione³⁴). Ma la rivendica si presenta rimedio troppo radicale, e di più giuridicamente non esperibile contro l'usufruttuario che ha realmente titolo ad usufruire e può quindi respingerla. La proibitoria invece che tendeva a impedir l'esercizio dell'usufrutto e non lo negava come tale, trova qui un logico campo

iuris est. [Proinde si quid ultra quam impendi debeat erogatum potes docere, sollemniter reposces]. Il periodo segnato tra [] è, a mio vedere, giustiniano, sia per l'espressione bizantina *sollemniter reposces*, mentre s'aspetterebbe indicata l'azione, sia per l'assoluta indipendenza di esso dal principio appena innanzi esposto, che cioè la *refectio* spetta all'usufruttuario. Come sta che dalla obbligatorietà della *refectio* si concluda (proinde! almeno fosse sed!) che l'usufruttuario può riavere ciò che abbia speso più del dovuto? L'azione non nasce dal rapporto di usufrutto; nè meglio vi si può riscontrare un'a. negotior. gestorum contraria, a simiglianza di quella che spetta al proprietario quando, assente l'usufruttuario, abbia fatto le necessarie riparazioni (D. VII, 1. 48 pr.). Perchè, mentre in quest'ultimo caso il proprietario gerisce in realtà il *negotium* dell'usufruttuario, che detiene l'usufrutto ed è obbligato alle riparazioni, ciò non si verifica nel caso di C. III, 33. 7, perchè l'usufruttuario arreca un vantaggio a ciò ch'egli stesso gode e di cui è proprietario interinale, agisce in proprio interesse, ottemperando al suo obbligo di fare le riparazioni, dipendente dalla sua posizione giuridica. Che in fatto possa esistere in lui un *animus aliena negotia gerendi* (cfr. *ELVERS*, op. cit. p. 535) sarà questione da decidersi, se mai, caso per caso: ciò non legittima però la dizione generica del passo in esame.

La innovazione giustiniana deve, forse, porsi in relazione con l'altra per cui si permise al proprietario di *meliorare proprietatem*.

³⁴) *Comm. iur. civ.* X, cap. 20, n. 3. Op. III, p. 138. Si superiora onera ut a fructuario exigit haec ordine remedia sunt in singulis eorum onerum partibus. Si fructuarius contra conditionem rei uteretur, aut si etiam eam ita mutabit ut his rebus non aperte rem deteriore faciat; ut nonnunquam aliquid mutando melius reponit: nihil proprietario ad haec mutanda prodesse potest stipulatio fructuaria: quippe quae solum committatur in id, quod stipulantis interest... Ac nec de damno ulla hic potest esse actio postquam nullum hic damnum datum esse proponimus. Sed hoc erit remedium. Rem suam proprietarius vindicabit et si obicietur ei exceptio de re usufructus nomine tradita, exceptio replicatione doli mali elidetur.

Cfr. in Ioh. del Castillo Sotomayor (Op. omnia, Lugd. 1658, I, p. 102 sgg. c. 21 sgg.) una larga casistica degli atti dell'usufruttuario che porterebbero alla perdita del dir. di usufrutto. Tale opinione è da respingersi. Vedi le considerazioni e gli autori citati in Glück, § 658. e trad. it. p. 433 sgg. L'usufruttuario convenuto con la proibitoria non perdeva, perciò, il suo diritto, che dura 'donec non utendo constituto tempore pereat' (arg. da D. VIII, 4. 27. pr.).

di applicazione. A questo rimedio avea forse la mente Labeone quando per notizia di Ulpiano D. VII, 1. 15. 2, scorrendo degli obblighi dell'usufruttuario di non corrompere la cosa 'sua feritate vel saevitia', aggiungeva: 'alioquin *etiam* lege Aquilia eum conveniri'.

Non ci sembra improbabile che l'a. prohibitoria dal suo campo di applicazione per i fatti contrari alla natura dell'usufrutto, fosse estesa, già per tempo, dalla giurisprudenza alle omissioni ³⁵⁾.

L'effetto di essa non dovette esser dissimile da quello normale delle azioni da servitù ³⁶⁾.

Il giudice avrebbe costretto l'usufruttuario a prestare *rem ipsam* (colere, arare, reficere etc.) - e così resta spiegato il cogi di D. VII, 1. 7. 2. 3; 9 pr. -; ed anche una cautio - e così si spiega l'arbitrari in futurum di D. VII, 1. 13 § 1, specialmente quando si tenga presente che il giudice nelle azioni da servitù avea questa potestà: cfr. Giavoleno D. VIII, 5. 12: *an et de futuris non immittendis cavendum est? Respondi: iudicis officio contineri puto ut de futuro quoque opere caveri debeat.*

II.

Ulpiano ci presenta il contenuto della cautio usufruttuaria in D. VII, 9. 1. pr. nei termini seguenti:

« Si cuius rei usufructus legatus sit, aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere: et usurum se boni viri arbitrato, et, cum usufructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde exstabit ».

Due clausole quindi in una sola stipulazione, delle quali, la prima proteggeva il proprietario contro il fatto dannoso positivo o negativo

³⁵⁾ Con ciò resterebbe anche spiegato l'«*in factum*» dello scolio stefaneo: ed è anche possibile - come semplice ipotesi - che la lettura incerta ἐνβίπρ' nasconda invece πρὸνβρ = προβιτορία.

³⁶⁾ D. VIII, 5. 7. Harum actionum eventus hic est ut victori officio iudicis aut res praestetur aut cautio. Res ipsa haec est, ut iubeat adversarium iudex emendare vitium parietis et idoneum praestare: Cautio haec est, ut eum iubeat de reficiendo pariete cavere neque se neque successores suos prohibuituros alius tollere sublatumque habere, et si caverit absolvetur. Si vero neque rem praestat neque cautionem, tanti condemnet quanti actor in litem iuraverit.

dell'usufruttuario, durante l'usufrutto, come lo proteggeva l'a. prohibitoria che ritenemmo esperibile in luogo dell'a. arbitraria karlowiana; la seconda era diretta ad ottenere la restituzione della cosa al termine dell'usufrutto⁸⁷).

Esaminiamo la prima clausola.

Essa appare nella forma ulpianea presso giuristi tardi: sei volte in Ulpiano (D. VII, 1. 9. pr.; 13 pr., § 6, § 8; 27 § 5; VII, 9. 12), due in Paolo (D. XXXIX, 2. 18. 2): in due altri passi di Ulpiano assieme alla clausola de restituendo (D. VII, 9. 1 pr. e § 6) e così pure una volta in Paolo (D. XII. 2. 30. 5).

Troviamo per contro Trebazio (VII, 1. 8. 7) e Sabino (D. VII, 1. 9. 2) discutere sul modo di usufruire, e Sabino afferma che l'usufruttuario deve usare quasi bonus paterfamilias, Trebazio come il costituente l'usufrutto. Sulla fine della repubblica e nel primo impero siamo quindi in un periodo di preparazione e determinazione del modo di usufruire. E se i giureconsulti erano al proposito di vario parere, è lecito concluderne che la prima clausola della cautio non fosse contemplata negli editti pretori: di più rilevando che Cassio, Aristone e Nerazio (D. VII, 1. 7. 3) e fin Celso (VII, 1. 7, 2 e 9 pr.) discutevano pure sull'obbligo della refectio (e con Celso si è già ai tempi della redazione dell'editto perpetuo), del serere arbores, dell'arare fundum, ciò che sarebbe evidentemente un fuor d'opera inutile se la cautio fosse già stata assunta nell'editto, si giunge sino a Giuliano senza che v'abbia alcun positivo argomento per ritenere che essa clausola facesse parte della legislazione edittale. Ma se la prima clausola non sembra risalire a prima dell'editto perpetuo, alcuni indizi fanno sospettare che nè pure in questo figurasse.

La dottrina tradizionale ha posto così salde radici che si richiederebbe per debellarla una ricca serie di documentazioni, più ricca di quella che le fonti possono dare. Però può dirsi subito che essa non ha per sè prove dirette e irrefutabili. Il fr. 13 § 2, i. f., D. VII, 1, che riportando l'opinione giulianea costituì una fonte diretta in ma-

⁸⁷) Si aggiungeva inoltre la clausola di dolo (D. VII, 9. 5 pr.): sì che la cautio avrebbe avuto questa formulazione (LENEL, *Editt.* II, 284. *Edicta* (1907) § 286, p. 514): Cuius rei ususfructus testamenti Lucii Titii tibi legatus est, ea re boni viri arbitratu usum fructum te et, cum ususfructus ad te pertinere desinet, id quod inde exstabit restitutum iri dolumque malum abesse a futurumque esse spondesne?

teria, perde ogni suo valore probante, dappoichè ivi Giuliano non si riferiva alla cautio³⁸).

Prescindendo da ciò che si è detto sopra su Celso che ricorda lo stesso mezzo a cui si riferisce Giuliano in questo passo, si rinviene, posteriormente a Giuliano, una varietà di formulazioni di quella che dovrebb'essere la prima clausola, la quale mal si comporta con una fissazione precisa fattane dall'editto perpetuo nel modo ulpiano.

Senza ricordare che Ulpiano stesso conferma il modo di vedere di Sabino (D VII, 1. 9. 2 ... *quam sententiam puto veram*) si tengano presenti:

D. VII, 8, 15 (PAUL. *III ad Sab.*): *ut bonus paterfamilias uti debet*;

D. VII, 1. 13. 4 (ULP. *XVIII ad Sab.*): *nec tamen locaturum quia vir bonus ita non uteretur*;

I. II, 1. 38: *et quasi bonus paterfamilias uti debet*³⁹;

D. VII, 1. 9 pr. (CELSE in ULP. *XVII ad Sab.*): *cogi eum posse recte colere*; ib. 13 § 8 (ULP. *XVIII ad Sab.*): *non recte facturum*;

I. II, 1. 38: *recte enim colere debet*;

D. VII, 1. 65. pr. (POMP. *V ex Plaut.*): *debet enim omne quod diligens paterfamilias in sua domo facit et ipse facere*;

D. VII, 9. 1. 3 (ULP. *IX ad edict.*): *cavere ... non deteriorem causam ususfructus facturum ceteraque facturum quae in sua re faceret*;

³⁸) Cfr. LENEL, *Édit.* II, p. 98 e n. 2. *Edict*², § 171, p. 356, conforme DE-RUGIERO, op. cit. Il 'iudicem dari ut eius arbitratu utatur' può bene riferirsi anche all'arbitr dell'estesa proibitoria. Si osservi però come la costruzione passiva di *utor*, insolita in Giuliano e Ulpiano e d'altronde arcaica (KALB, *Roms Juristen*, p. 143) possa lasciar intravedere un' abbreviazione del ns. passo per opera dei compilatori.

Nè maggior valore ha la prova che si desuma dal pr. del fr. (cfr. KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.* II, 539); dove enuncia in modo generale lo scopo della cautio, è detto che Giuliano la estendeva ad ogni modo di costituzione dell'usufrutto. Vedi sul pr. del fr. più oltre.

³⁹) Questo luogo è considerato dal FERRINI (*Fonti delle Istituz.* h. l.), come aggiunta. Comunque, l'uso di queste espressioni è pur classico cfr. ad es. VII, 1. 9. 2. cit.

ma specialmente rilevanti appaiono i seguenti due passi di

PAUL. R. S. I, 11. 2: *Usufructuarius et de utendo usufructu satisfacere debet, se perinde usurum ac si optimus paterfamilias uteretur;*

PAUL. R. S. III, 6. 27: *Usufructu legato, de modo utendi cautio a fructuario solet interponi, et ideo perinde se usurum ac si optimus paterfamilias uteretur fideiussoribus oblatis cavere cogetur.*

specialmente rilevanti, si disse, perchè Paolo, oltre dare una formulazione diversa della prima clausola ulpiana, menziona la cautio de utendo, come c. speciale, in un libro, per di più, elementare; nè vi ha ragione, ove non si adducano argomenti persuasivi, di dar la preferenza, come si fa, a un testo della compilazione piuttosto che a un testo diretto di Paolo.

Ma v'ha di più. Gaio in D. XXXIX, 2. 20 (*XIX ad ed. prov.*), trattando della cautio damni infecti tra il proprietario e l'usufruttuario, decide: *de ruina aedium neuter ab altero cautionem desiderare potest: fructuarius ideo quia refectio aedium ad eius ipsius onus [non] pertinet, proprietarius ideo, quia usitata stipulatio quae de re restituenda fructuarius cavet ad hunc quoque casum porrigitur.*

L'espunzione del *non*, come errore di copista, già proposta dal Cuiacio (V (ed. Mutinae) 633 B) e ammessa dal Mommsen, non è da dubitarsi perchè con esso quanto dice Gaio non dà una plausibile significazione concettuale, sia che il reficere si spieghi come totale rifacimento o ricostruzione, sia che s'intenda in senso più ristretto. È chiaro che Gaio vuol dar la ragione per cui non è necessaria una c. d. i. a garantire l'usufruttuario dalla rovina della casa in usufrutto. Che rileverebbe il dire che questi non può chieder la c. d. i., perchè non è tenuto alla refectio della casa? Almeno si dicesse che siccome in caso di distruzione totale della casa non sono tenuti nè l'usufruttuario nè il proprietario e l'usufrutto si estinguerebbe per il perimento della cosa, essa è inutile. Ma il passo non legittima tale interpretazione, la quale poi sarebbe ammissibile solo quando la ruina avvenisse indipendentemente dal fatto doloso o colposo dell'usufruttuario.

Gaio ha voluto dir questo: l'usufruttuario è tenuto alle refectiones, quindi non può pretendere che con la c. d. i. il proprietario si assuma le conseguenze di quest'obbligo che spetta a lui; e, d'altronde nel giudizio di restituzione si vedrà se la casa rovinò per vetustà o per mancata diligenza, per decidere sulla responsabilità dell'usufruttuario. Al dominus proprietatis non è poi necessaria la c. d. i. perchè egli è protetto dalla cautio di restituzione anche per la ruina aedium.

Nella stessa questione, che risolve nello stesso modo, Paolo (*XLVIII ad edict.*), D. XXXIX, 2. 18. 2 opera invece con la cautio de modo utendi: Ei, cuius usus fructus aedium est de vitio earundem aedium caveri non oportet etsi alias vicinas habeat, quia reficiendi habet facultatem; nam qui viri boni arbitrato uti deberet, reficiendi quoque potestatem consequitur. Ergo nec proprietarius audiri debet, si velit sibi caveri a fructuario aedium nomine quas vicinas fructuario habeat, quia habet cum fructuario actionem ut viri boni arbitrato is fruatur.

A noi importa questo rilievo che Gaio fa rientrare nella c. de restituendo quei danni derivanti dalla mancata esecuzione di quegli obblighi dell'usufruttuario di cui il dominus può durante l'usufrutto ai tempi di Paolo (*R. S. l. c.*) chiedere l'adempimento con l'azione dalla c. de modo utendi; ed è sintomatico che un giurista accurato come Gaio, se la c. de modo utendi (o la prima clausola della c. usufruttuaria) esisteva nell'editto giuliano, non la menzionasse proprio nello stesso caso, in cui giuristi più tardi la ricordano ed essa ha sua normale applicabilità, estendendo invece (porrigitur) la funzione della c. de restituendo. Vedi oltre un esempio analogo (Pomponio-Ulpiano).

Se in ricerche così delicate non sarebbe serio l'esagerare ad arte il valore dei mezzi probatori, bisogna pur convenire che all'infuori del testo di Ulpiano, alcuna prova che nell'editto figurasse la prima clausola non si ha, mentre non è, d'altronde, impossibile che essa fosse divenuta obbligatoria, come c. de modo utendi per opera del pretore, dopo Giuliano e prima di Ulpiano, sì che questi poteva ben scrivere: 'aequissimum praetori visum est de utroque legatarium cavere' ⁴⁰).

⁴⁰) Di più è da rilevarsi: A) che Paolo in *R. S. III, 6. 27* mette in evidenza una cautio de m. utendi con formulazione e contenuto proprio, come cautio a

La seconda clausola o, meglio, la cautio de restituendo usufructu è molto più antica, e precede indubbiamente la cautio ex senatuecon-

sè, speciale, indipendente. L'ipotesi quindi di due distinte cauzioni si affaccia spontanea; ove anche si consideri: 1) la grande diversità di contenuto delle due clausole e il tempo diverso di loro eventuale commissione; 2) che nel digesto appaiono sempre distinte: a) la *c. d. modo utendi* vedi i passi cit. a p. 17 e quanto a D. VII, 5. 6. pr. p. 24. Aggiungi C. III, 33. 4 (Alexander, Verbicio, a. 227), e specialmente C. VI, 54. 7 (Alexander, Proculiano, a. 226), che considerando solo la non remissibilità della cautio ut boni viri arb. ut. per disposizione testamentaria costituirebbe una prova contraria alla unicità della cautio, in quanto se questa fosse realmente stata unica, non troverebbesi usata una dizione, per lo meno tanto ambigua da lasciar apparire che una clausola della stessa unica stipulazione potesse rimettersi (de restituendo), la quale è invece obbligatoria anch'essa: cfr. ad es. D. II, 8. 8. 4) e non l'altra (de utendo); il che si presenta assai difficilmente ammissibile. Ciò tanto più se si acceda all'opinione che la non remissibilità della *c. de utendo* (non della complessa cautio usufruttuaria perchè il passo parla solo di quella: benchè generalmente non si distingue. cfr. HORNEMAN, *Die cautio usufructuaria*. Halle 1890, p. 18 sgg.) sia stata sancita soltanto da Alessandro Severo con questa costituzione, perchè questa dimostrerebbe che prima le due cautiones avevano un diverso trattamento giuridico, sotto questo rapporto]; b) la *c. de restituendo* (D. VII, 9. 1. 3, 1. 4, 1. 8 che ha una formola speciale per un caso speciale, 1. 9, 1. 10; II, 8. 8. 4; XXXV, 3. 9; 39, 2. 20; c) appaiate compaiono solo in D. VII, 9. 1. § 6; VII, 9. 1. pr. e XII, 2. 30. 5. Però questi due ultimi testi sono indifferenti alla questione in quanto il primo si limita a dire che il legatario deve: de utroque cavere...; l'altro che non si dovrà consegnar l'usufrutto a chi abbia giurato d'averne diritto se non caveat *se boni viri arbitrato... usum et finito usufructu restitutum*; nè essi arrecano alcun lume se si tratti di una sola cauzione con due clausole, o di due cauzioni distinte. Resta D. VII, 9. 1. § 6 sul quale vedi oltre.

B) come la formulazione dell'obbligo da assumersi dall'usufruttuario sia diversa nella *c. d. modo utendi* pauliana (se usum ut. opt. paterfam. uteretur... cavere cogetur) e nella prima clausola della *c. usufruct. ulpianea* (boni viri arbitr. usum). Quella determina obiettivamente l'obbligo dell'usufruttuario, mentre la dicitura di Ulpiano ammette una determinazione subbiettiva da parte del giudice. E a tal proposito s'è infondata la dottrina di qualcuno che in passato sostenne essere il *modus utendi* fr. determinato dal giudice all'atto del prestare la cautio (WUNDERLICH, *lib. singular. de usu inscript. rom. vet. maxime sepulchr. in iure; observat.* II § 11, p. 67, e la critica già in Glück, op. cit. § 653 (trad. ital., p. 423⁶⁶), deve riconoscersi che pur assumendo un'eguaglianza perfetta tra le due formulazioni non riesce, in ogni modo, a spiegarsi come l'obbligo obiettivamente determinato si tramuti nella cautio stessa che vi dà nascita in un obbligo che si determina subbiettivamente dal giudice e a dar ragione di ciò che la promessa di usufruire boni v. a., come tale, non determina in alcun modo l'obbligo dell'usufruttuario di fronte al dominus, la sua natura, il grado di diligenza cui è tenuto nell'esercizio del suo diritto. È ben vero che la clausola boni viri arbitrato si trova in gran parte delle stipulazioni pretorie, dov'essa sembra significare che al giudice spettava decidere se il fatto conteneva tutti gli elementi necessari per considerarsi come una violazione dell'obbligo assunto con la pro-

sulto del quasi usufrutto, alla quale servì di modello ⁴¹⁾. Che essa fosse di una grande importanza pratica lo dimostrano i molti casi riferiti

messa, ma è pur vero che quest'obbligo è sempre determinato: defendere (b. v. a.), restituere (b. v. a.), conferre (b. v. a.), sì che la stipulazione si commette quando esso non si esegua, spettando poi all'arbitrario il determinare se doveva o meno eseguirsi. In una cautio (b. v. a.) *usurum fruiurum* la fissazione dell'obbligo, che il giudice dovrà poi esaminare nel caso concreto se violato o non dal fatto specifico, non è determinata, perchè è assurdo che chi ha diritto di usufruire si obblighi a usufruire. Ma poi: quand'è che si commette la stipulazione 'b. v. a. frui'? Statim, soccorre D. VII, 9. 1. 5..., si aliter quis utatur quam vir bonus arbitrabitur (ib. § 6: dicesse almeno arbitraretur o arbitrari solet!). Con che si viene a dire che la determinazione dell'obbligo avviene per opera del giudice, e però, implicitamente, si ammette quest'assurdo, che, per ritenere commessa la stipulazione è necessario che il giudice abbia determinato che l'usufruttuario non usò della cosa conforme alle norme di una saggia amministrazione. E si è infelice tale modo di esprimersi del fr. 6, da dovere riconoscerli la mano dei compilatori. Né più resiste al sospetto di rimaneggiamento anche il § 5: *utilius autem visum est stipulatione de hoc caveri ut, si quis non boni viri arbitratu utatur fruatur, committatur stipulatio statim, nec expectabimus ut amittatur ususfructus*; e per il barocco stipulatione de hoc caveri - una cautio non avveniva che per stipulazione - e per l'errore che sia necessario stipulare (almeno questo senso dà il testo: stipulatione de hoc caveri... ut committatur) che la stipulatio si commetta statim, mentre questo è l'effetto normale della stipulazione, di avverarsi cioè appena si verifichi la condizione necessaria (nel caso nostro fatto dannoso da omissione o commissione da parte dell'usufruttuario). Il § 6, è l'unico che espressamente parli di due clausole di una stessa cautio; ed è stato in qualche modo alterato a questo scopo. Del resto il frammento, anche nel suo complesso, ne presenta segni rilevabili. Il § 3, ripete la forma della 1ª clausola - con un mutamento: *usurum § 1 - perceptu iri usumfructum § 3* - dando una spiegazione dell'a. b. v., che, non esalta, e, d'altronde, superflua se ne fosse stato indiscusso il significato; il § 4 consiglia a redigere un inventario che descriva lo stato della cosa al momento della consegna perchè 'inde possit apparere an et quatenus rem *petorem* legatarius fecerit'. Per i classici non dovevasi solo stabilire se la cosa era peggiorata, ma se, comechessia non fosse stato usufruito come dovevasi. I giustiniani avendo, in certa misura, ammesso anche i miglioramenti (cfr. n. 33) era naturale che adoperassero quell'espressione più restrittiva; il § 6 (cfr. sopra) contiene una mera ripetizione di quanto è detto per la c. de utendo nel § 5, (vedi sopra), ripetizione che a sì breve distanza appare superflua. Onde può avanzarsi l'ipotesi che Ulpiano dopo aver detto della c. de restituendo e della c. de utendo, venisse ad esaminarle separatamente nel loro contenuto e nei loro effetti: i giustiniani avrebbero sostituito un'unica cautio con doppia clausola, mantenendo l'a. b. v. della cautio de restituendo (vedi oltre) sì che esso apparisse al principio della nuova c. usufructuaria. Se così è nei luoghi in cui trovasi l'a. b. v. per la cautio de utendo, esso sarebbe loro sostituzione a un originario *ut bonus paterfamilias uteretur* o simili. Ad es. in D. VII, 1. 13. 8 appare anche superfluo dopo il recte; e così in D. VII, 1. 27, 5. *alioquin* -

⁴¹⁾ Vedi nota a pag. seguente.

dai giuristi, nei quali appar viva e rilevante la sua funzione tutelatrice del diritto di proprietà; in quanto sostituisca, negli effetti, la normale azione di rivendica in fattispecie, nelle quali riuscirebbe di malagevole e difficile esperimento.

La cautio - che dall'usufrutto legato fu poi estesa - già ai tempi di Giuliano - agli altri casi di costituzione dell'usufrutto - assicurava un titolo al proprietario o suoi eredi contro l'usufruttuario, avuto riguardo alla difficoltà delle prove per la rivendica, nei trapassi di proprietà in una lunga eventuale durata dell'usufrutto. Ma una ragione più profonda esiste, a mio avviso, del sorgere della c. de restituendo. È naturale che sul primo sorgere dell'istituto non si determinasse di un subito la sua natura giuridica: esso apparve primieramente come un diritto interinale di proprietà con piena facoltà di disposizione della cosa e suoi frutti: anzi fino al tempo di Cicerone

fruitur. In D. VII, 1. 9, pr. il sic - fruatur è pur sospettabile. Così, come il passo è scritto, l'ipsius si riferisce a *fundi*: Si fundi ususfructus sit legatus quidquid in fundo nascitur quidquid inde percipi potest ipsius fructus est [sic tamen ut b. v. a fruatur]. Se il fruatur si riferisca - e in accezione passiva! - a fructus si avrebbe una di quelle sì caratteristiche espressioni dei bizantini (fructibus frui): ma s'avrebbe anche una ragione sostanziale: il giurista determina obiettivamente l'estensione del fructus fundi: ed è assurdo che ciò che si considera frutto in base a quella determinazione, non si consideri più tale (il sic tamen ha senso restrittivo) se non venga percepito dall'usufruttuario secondo le norme di una saggia amministrazione. In C. III, 33. 4 (Alexander A. Verbicio a. 226): Usufructu legato consequens est ut satisfactio boni viri arbitrio praebeatur ab eo, apud quem id commodum pervenit [quod nullam laesionem ex usu proprietati adferat nec interest sive ex testamento sive ex voluntario contractu usus fructus constitutus est], è certamente giustinianea la chiusa nec - est: per il sive - sive costruito coll'indicativo, per il voluntarius contractus, che vorrebbe essere comprensivo di tutti i modi di costituzione dell'usufrutto all'infuori del testamento, e invece non comprende ades. la donazione, la don. mortis causa. Ma nè pure il quod - adferat appartiene alla c. originale e perchè infelicamente redatto, e perchè non fissa con esattezza il contenuto della cautio che non comprendeva solo l'obbligo di non danneggiare (laesio), e perchè 'laesionem adferre proprietati' è espressione che fa il paio con il meliorare proprietatem (cfr. n. 33) e non è, d'altronde vero che si possa apportare lesione alla proprietà come tale, sì bene alla cosa.

⁴¹) Il DE RUGGIERO, op. cit. p. 13 segg. acutamente ha scorto e propugnato questa derivazione. Ma non è necessario assumere l'unicità della cautio e nè pure la esistenza anteriore, al sorgere della cautio ex senatusconsulto (epoca di Augusto-Tiberio? GIRARD, *Manuel*⁴, 362; per le varie ipotesi cfr. WINDSCHEID, *Pandekt.* § 206 e n. 2. Ancora vedi PAMPALONI, *Bull. Ist. Dir. Rom.* XIX, 119-120) della cautio de utendo, tanto più che tra questa e la c. ex senatusconsulto non esiste alcun rapporto di similarità.

l'usufruttuario ritenevasi possessore (esercitava, sembra, gl' interdetti possessori, come diretti. Per questi concetti vedi Perozzi, *Istituz.* I, pagg. 498-499⁴): la cautio d. restituendo si dovette presentare necessario surrogato della rivendica contro l'usufruttuario stesso, nei rapporti dei terzi, ai quali avesse alienata la cosa in usufrutto e costituendosi titolo ad usucapire. La cautio conciliava il d. di disposizione dell'usufruttuario e il d. di proprietà. Naturalmente questo stato di cose si modificò quando, più tardi, l'usufruttuario si considerò detentore, e poté alienare solo l'esercizio dell'usufrutto. La cautio sorta nei primordî, rimase poi con la stessa sua funzione anche quando definitivamente determinatisi i caratteri dell'istituto, eran venuti meno i suoi presupposti d'origine.

Ai tempi di Proculo s'era già tratta una notevole conseguenza dall'obbligatorietà della prestazione di questa cautio de restituendo ⁴²); e cioè che, pur avvenuta la consegna della cosa all'usufruttuario senza che l'avesse prestata, era esperibile contro di lui la rivendica con relativa replica alla eccezione 'de re ususfructus nomine tradita'. La rivendica concessa al proprietario, prima dello spirare dell'usufrutto, dimostra, per sè, che si trattava appunto della cautio de restituendo in quanto sia precisamente quell'azione che sarebbe esperibile anche se la cautio de restituendo non fosse stata prestata; è come un'anticipazione della sua esperibilità.

E pur Giuliano ha riguardo ad essa in D. VII, 5. 6. pr. (*l. XXXV, digestor.*): 'Si tibi decem milia legata fuerint, mihi eorundem decem milium ususfructus, fient quidem tua tota decem milia: sed mihi quinque numerari debebunt ita, ut tibi caveam temporis mortis meae aut capitis deminutionis restitutum iri. Nam et si fundus tibi legatus esset et mihi eiusdem fundi ususfructus, haberes tu quidem totius fundi proprietatem, sed partem cum usufructu, partem sine usufructu, et non heredi sed tibi caverem boni viri arbitrato'.

Che il giurista qui intendesse la c. de restituendo è reso evidente:

⁴²) D. VII, 9. 7. pr. (*ULP., l. LXXIX ad edict.*): Si ususfructus nomine re tradita satisdatum non fuerit, Proculus ait posse heredem rem vindicare, et si obiciatur exceptio de re ususfructus nomine tradita replicandum erit. Il seguito (cfr. D. VII, 5. 10. pr.) sed - poterit; riferentesi alla condictio cautionis è giustinianeo, come pure D. VII, 5. 10. pr. Cfr. GRADENWITZ, *Interpol.*, p. 27; PERNICE, *Labeo* III, 1. p. 203; GIRARD, *Manuel*⁴, 367 n. 4; DE RUGGIERO, op. cit., p. 15; PEROZZI, *Istituz.*, I, 500⁵.

1) dalla decisione stessa, la quale in caso di proprietà legata di un fondo e di usufrutto legato dello stesso fondo determina che non all'erede, cui non ritornerebbe la proprietà, ma al legatario va prestata la cautio; 2) dalla necessità di simmetria e rispondenza tra la cautio ex senatusconsulto che con l'obbligo della restituzione del tantundem pur tutela il d. del proprietario al termine dell'usufrutto e la cautio da usufrutto proprio che il giurista dice proteggere il proprietario (nella fattispecie il legatario non l'erede) a sostenere e corroborare (vedi il *nam*) la sua precedente asserzione. Se ciò è giusto si può ritenere che nella cautio de restituendo apparisse invece il 'boni viri arbitrato'. Il che, poi, si evince, senza dubbio da D. VII, 9, 4, in cui Venuleio (*l. XII stipulationum*) avanza la questione se, concentrata la proprietà nell'usufruttuario, sia esperibile e con quale effetto l'a. ex stipulatu dalla cautio (de restituendo) da parte dell'antico proprietario.

Si fructuarius proprietatem adsecutus fuerit, desinit quidem usus fructus ad eum pertinere propter confusionem: sed si ex stipulatu cum eo agatur, aut ipso iure inutiliter agi dicendum est, si viri boni arbitrium huc usque porrigitur, aut in factum excipere debebit.

La esistenza della clausola boni viri arbitrato nella c. de restituendo risulta dall'argomentazione del giureconsulto, che si ritrae in questi termini: chi ritenga che l'a. b. v. possa giungere al punto di elidere l'effetto della stipulatio - ch'è di stretto diritto - per l'avvenuta confusio, riterrà pure che è irrita l'actio ex stipulatu, in quanto il titolare di essa non sia più il proprietario; ove ciò non s'ammetta, appunto perchè un negozio di stretto diritto non può esser regolato dalle norme dei negozi di buona fede e l'elisione degli effetti di esso sorpassa i termini della potestà arbitrale, dovrà concedersi un'eccezione in factum a elidere l'a. ex stipulatu.

L'arbitrator che giudica sulla restituzione doveva determinare con una certa larghezza e lo stato materiale della cosa da restituirsi e conoscere dai danni eventualmente arrecati alla cosa, se essa corrisponda a quella consegnata e quanto sia stata mutata, deteriorata migliorata e se il deperimento si debba a dolo o colpa dell'usufruttuario onde render equo giudizio⁴³). La c. de restituendo (come del resto si argo-

⁴³) Per questa funzione della c. de restituendo vedi le osservazioni del PEROZZI, op. cit., p. 501.

menta dal passo di Gaio D. 39, 2. 20 garantiva il proprietario o gli eredi di lui che non avesser voluto o comechè potuto esperire le azioni durante l'esercizio dell'usufrutto.

Per di più anche gli oggetti deteriorabili coll'uso (es.: vesti, che però i giustinianeî hanno tentato di far rientrare nella categoria delle cose consumabili⁴⁴) formavano oggetto capace di usufrutto proprio: quindi trovasi la c. de restituendo anche per l'usufrutto di cose deteriorabili, con una speciale restrizione in rispetto all'obbligo del promittente, che rientra benissimo nell'arbitratus del giudice. Pomponio scrisse, riferisce Ulpiano (*LI ad edict.*) in D. VII, 9. 9. 3: 'si vestis usus fructus legatus sit... quamquam heres stipulatus sit finito usufructu vestem reddi, attamen non obligari promissorem si eam sine dolo malo adtritam reddiderit'.

Una decisione di Ulpiano (*XVIII ad Sab.*) D. VII, 9. 12: afferma invece: « Si vasorum ipsorum ususfructus relictus sit, non erit cautio senatusconsulti necessaria, sed illa sola 'boni viri arbitrato usurum fruiturum' ». Ora anche i vasi sono cose deteriorabili non altrimenti che le vesti (benchè la loro maggiore o minore deteriorabilità varii, come per le vesti, a seconda della sostanza onde son fatti): s'è quindi esatto il negare che siano oggetto di quasi usufrutto, non è invece esatto dire che la sola cauzione necessaria è quella 'b. v. a. usurum fruiturum', perchè certo la c. de restituendo dovevasi e potevasi prestare, come per le vesti; e al momento della restituzione, se per colpa dell'usufruttuario essi fossero periti o deteriorati oltre quello che comportava l'uso normale di loro destinazione, questi era responsabile, perchè non restituiva ciò che doveva. E perchè anche qui la simmetria con la c. ex senatusconsulto per la restituzione del tantundem, richiede che Ulpiano indicasse la cautio corrispondente dell'usufrutto proprio (de restituendo) e poichè nel seguito del passo è la rivendica ch'è concessa al proprietario se non è prestata la cauzione, io penso che l'usurum fruiturum sia stato sostituito a restitutum.

Ad ogni modo, l'espressione 'illa sola cautio' determinante il contenuto specifico di una particolare cautio (che nella compilazione è quella di uti frui b. v. a.) appoggia la nostra ipotesi di due cautiones distinte. Come l'appoggia l'opinione di Pomponio nel fr. sovra citato,

⁴⁴ Su questi concetti cfr. PAMPALONI, *Sull'oggetto del q. usufrutto* in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, I. cit.

in quanto esso menzioni solo la stipulatio di restituzione (*quamquam heres stipulatus sit finito usufructu vestem reddi*), ciò che era impossibile fare qualora la stipulazione usufruttuaria con doppia clausola fosse stata unica, inseparabile, obbligatoria. Non solo: ma il confronto dei due testi costituirebbe un ulteriore argomento a quanto si disse sulla non esistenza nell'editto giuliano della c. de utendo: poichè Pomponio opera con la c. de restituendo, senza menzionare - come si aspetterebbe - se prestata la c. de utendo l'usufruttuario fosse responsabile durante l'usufrutto dei deterioramenti non dolosi delle vesti; e Ulpiano invece in una fattispecie analoga, opera con la c. b. v. a. *usurum fruiturum*.

Pure della cautio specifica de restituendo (*haec cautio*) parla Paolo (*XL ad ed.*) in D. VII, 9. 10 per il caso di legato di usufrutto di un servo comune tra l'erede e il legatario, quasi surrogato del non esperibile *iudicium communi dividundo*; e ancora ne trattano come di stipulazione a sè h. t. fr. 3. fr. 4. fr. 8 fr. 9 e fr. 11; ed anche la menzionava Ulpiano (*XVIII ad Sabin.*) in D. VII, 1. 13. pr.

Si cuius rei usufructus legatus erit, dominus potest in ea re satisfactionem desiderare ut officio iudicis [hoc] fiat: nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate... Si usus fructus legatus sit non prius dandam actionem usufructuario quam satisdederit se boni viri arbitrato [*usurum fruiturum*].

A ben osservare, il primo periodo non dà alcun significato per essere *hoc* senza riferimento [legato un usufrutto il proprietario può desiderare la cautio che ciò avvenga per ufficio del giudice!] Ha voluto il giureconsulto dire che il proprietario può desiderare che siagli data la cauzione per mezzo del giudice, o che la consegna dell'usufrutto avvenga per mezzo del giudice? Ciò, pur essendo un architettare oltre il senso delle parole, sarebbe errato, perchè è il pretore e non il giudice che denega l'azione all'usufruttuario se non presta prima la cautio; nè la cautio è prestata per ufficio del giudice, chè anzi le stipulazioni pretorie a mero officio praetoris proficiscuntur (D. XLV, 1, 15 pr.). Si sostituisca *restitutio* ed il senso è chiaro e logico, poichè con la c. de restituendo il proprietario stipulava appunto che l'usufruttuario restituisse officio iudicis = arbitrato o arbitrio boni viri. Questa interpretazione è legittimata anche dal seguente: 'nam sicut

debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate', che non può riferirsi se non alla c. de restituendo, come quella che assicura realmente al dominus la proprietà. La c. de modo utendi non v'ha che vedere: se l'usufruttuario non osservi l'obbligo di usufruire da buon padre di famiglia arrecherà un deterioramento alla cosa, mai porrà in pericolo il diritto di proprietà come tale. Ulpiano continuava a parlare della c. de restituendo e della necessità della sua prestazione (onde l'*usurum fructurum* è qui interpolato per *restituturum*): poi della azione che proteggeva il proprietario durante l'usufrutto per i danni arrecati alla cosa (a. prohibitoria; a. arbitraria per il Karlowa: cum - debet (verosimilmente errore di copista per debetur), riportando, come fa l'opinione giulianea.

Perchè alla proibitoria siasi sostituita la c. de modo utendi non si può stabilire con qualche certezza: forse per troncar le controversie dell'applicabilità di quella in casi poco rilevanti; ma più probabilmente, a mio avviso, questa cautio nacque, come procedimento più spiccio, dalla cautio che il giudice dell'a. prohibitoria poteva e soleva imporre all'usufruttuario per il futuro.

La sempre maggiore importanza che la c. de utendo acquista (sia che essa divenisse obbligatoria solo al tempo di A. Severo (C. VI, 54. 7), come opinano alcuni scrittori (Hornemann, op. e loc. cit., e ivi gli autori), sia soltanto con Giustiniano, ove si ammetta sospetto il passo stesso nella sua seconda parte), è in relazione con l'allargarsi delle facoltà concesse all'usufruttuario, che per d. giustiniano può in certi casi mutare anche la destinazione della cosa purchè se ne abbia un reale vantaggio. In tal caso un arbitrato del giudice in lato senso apparve anche necessario per determinare se la mutazione fosse possibile perchè vantaggiosa. Tolta ogni menzione dell'a. prohibitoria (o della arbitraria karlowiana), già nell'uso sostituita all'epoca di Ulpiano dalla c. de utendo, Giustiniano ha fuso le due cautiones in un'unica cautio usufructuaria; mentre, d'altra parte, mutatosi il carattere classico dei giudizi, e concesse in ogni caso e per ogni azione le più ampie facoltà al giudice⁴⁵), che può ormai far eseguire la sentenza manu militari⁴⁶), acquistano un significato nuovo anche

⁴⁵) Vedi sul mutato concetto delle azioni arbitrarie in d. giustiniano le acute osservazioni del Riccobono in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, XX (1968) pp. 102-103.

⁴⁶) Cfr. l'interpolato fr. 68 D. VI, 1 (e su di esso GIRARD, *Manuel*⁴, 1018¹).

le espressioni *cogi per arbitrum* . . . di D. VII, l. 7. § 2. § 3. e 9. pr.; perchè è possibile che l'arbitro stesso della cautio possa costringere colla forza a compiere gli atti necessari o a cessare da quelli dannosi, imponendo eventualmente anche una cautio per il futuro (D. VII, l. 13. § 1). Per tal modo il proprietario può, ormai, vigilando, esser certo che la cosa gli sarà restituita come l'ha consegnata; ond'è che scema l'importanza della c. de restituendo, come risulta da alcune fonti (C. III, 33. 4; VI, 54. 7), le quali menzionando solo la c. a. b. v. *usurum fruiturum* ne confermano l'alta importanza e la funzione preponderante.

GIOVANNI BORTOLUCCI.

EXCEPTIO REI IN IUDICIUM DEDUCTAE

ED

EXCEPTIO REI IUDICATAE

(Studio critico esegetico)

Nel vol. III (1890) di questo Bullettino, in un breve articolo *Sul fr. 6 Dig. de exceptione rei iudicatae* 44, 2, io sostenni, in primo luogo «che questo fr. in origine doveva essersi riferito all'*exceptio rei iudicatae* vel in *iudicium deductae*, ossia che esso era principalmente diretto a dare ragione del principio *bis de eadem re ne sit actio*, preso nel senso che questo aveva al tempo di Paolo e considerato perciò nella sua più importante conseguenza, in quella cioè della *consumptio actionis* per effetto della semplice *contestatio litis*. Come, ad es., nei casi del cosiddetto *causa cadere*. Si comprende infatti facilmente, che ciò che più specialmente meritava una spiegazione e che doveva perciò interessare maggiormente Paolo, non era già il fatto della forza estintiva e novatoria dell'azione che aveva il giudicato (*exc. rei iudicatae*), ma quello che tale forza avesse già la semplice *contestatio litis* (*exc. rei in iud. ded.*). Imperocchè, se può dirsi con ragione e come fu già avvertito da un illustre scrittore¹⁾ che la *consumptio actionis* per effetto della *litis contestatio* (*exc. rei in iud. deductae*) è da considerare come qualche cosa di esclusivamente particolare al diritto romano, lo stesso certo non può dirsi dell'effetto in genere della *res iudicata*, che con conseguenze più o meno gravi trovasi riconosciuto in tutti i sistemi processuali antichi e moderni».

Ed a tale proposito osservavo (ivi, n. 1) come l'opinione del Lenel, che aveva pel primo sostenuto l'unità delle eccezioni, opinione accolta già allora da alcuni illustri scrittori, quali, ad es.,

¹⁾ BETHMANN HOLLWEG, *Der röm. Civilprozess*. Ed. II (Bonn, 1865), § 103, pag. 484.

Sohm, *Instit.* (III Aufl., 1888), S. 42, pag. 186, nota 1 e Dernburg, *Pand.* (II Aufl.), vol. I, § 162, nota 3, e adesso dal Girard, *Manuel* (4 éd.) p. 1033, n. 5, Naber, *Mnemos.* N. S. XVII, pag. 115 fg., sembrasse a me vera soltanto in un senso puramente formale, nel senso cioè, che pure avendosi in realtà due eccezioni sostanzialmente distinte tra loro, esse nell'uso andassero sempre riunite e come fuse in una sola, sotto quella denominazione costante, che era sempre appropriata appunto per quella sua forma alternativa, che rispondeva perfettamente alla doppia eventualità del caso concreto. Lo stesso poté forse avvenire nei commenti dei giureconsulti all'editto, anche per il fatto, che considerando essi per lo più quelle due eccezioni dal punto di vista del loro effetto perentorio, identico in entrambi, non avevano bisogno di distinguerle espressamente l'una dall'altra, e poterono parlarne come di una sola, senza perciò spezzare neppure quella formula che l'uso forense aveva ormai consacrata e che le comprendeva entrambi.

« Per questo - io aggiungeva - sembra a noi di pochissimo valore l'argomento che il Lenel, loco cit. nota 2, vuol trarre in favore della sua tesi da Gaio IV, 121 (e che egli dichiara evidentissimo), contrapponendo il *vel* che sta tra le due proposizioni del periodo « quodres iudicata est vel in iudicium deducta est », con gli *aut* che congiungono tra di loro i membri della enumerazione delle altre eccezioni, che vi precede.

« Perchè poi quelle due eccezioni, pur essendo nella sostanza affatto distinte, andassero nell'uso sempre congiunte è spiegato benissimo da ciò che dice il Lenel stesso (loc. cit.). « Le parole: vel in « iudicium deductae [della formula surriferita] non venivano tolte « neppure dopo finito il processo. Esse anche allora servivano sempre « ad uno scopo. Poteva avvenire che la sentenza pronunciata nel « primo processo fosse nulla, ma che il iudicium fosse stato costituito validamente. Caso in cui il convenuto doveva necessariamente « fare richiamo soltanto alla: res in iudicium deducta. Si pensi soltanto al caso facilmente contingibile di una sentenza pronunciata: « lite mortua. In ogni caso il convenuto aveva motivo di prevenire « l'asserzione (che poteva opporgli l'attore) della nullità della precedente sentenza. Viceversa saranno state lasciate stare come non « dannose nella formula dell'eccezione le parole « iudicatae vel » anche

« quando il primo processo non era stato deciso; si avviava con ciò
« ad ogni malinteso sempre possibile, come se colla pronuncia della
« sentenza nel processo precedente, avvenuta forse durante il secondo
« processo, cessasse l'efficacia dell'exceptio ».

« Dunque, diciamo noi accettando pienamente quest'argomentazione del Lenel (così io concludeva su questo punto in quel mio lavoro), se in quella prima ipotesi la sentenza era stata pronunciata validamente e il convenuto intendeva fondarsi su di essa, perchè ad es. eragli più facile addurne la prova, l'exceptio, nonostante la formula exc. rei iud. vel i. i. d., colla quale *forse* era stata proposta, altro non era in sostanza che una exc. rei iudicatae vera e propria. E viceversa nella seconda delle ipotesi fatte dal Lenel, se il malinteso non si avverava, se nè avanti, nè durante il secondo processo interveniva sentenza valida a compimento dell'altro processo, la exceptio non poteva avere che la natura di una semplice exceptio rei in iudicium deductae. È perciò che noi, considerando qui queste due eccezioni dal punto di vista della loro sostanza, della speciale funzione che ciascuna aveva nel processo, dobbiamo riguardarle come due eccezioni affatto distinte ».

L'assoluta unità dell'eccezione lo stesso Lenel riaffermava recisamente cinque anni appresso nella 5^a ed. delle *Fontes* di Bruus-Mommsen (1887, pag. 213, nota 2).

Tra i pochi ma pur autorevoli seguaci della tesi sostenuta dal Lenel uno dei più ragguardevoli ci è sembrato lo Czylarz (*Instit.* ed. 5^a e 6^a § 163, pag. 421), il quale dice che se contro il principio bis de eadem re ne sit actio viene ritentata l'azione, « a questa si oppone la exceptio rei in iudicium deductae ». La quale però, come è evidente, non poteva certamente essere, nè essere chiamata al tempo stesso anche exc. rei iudicatae, se la sentenza non era stata pronunciata.

E prosegue avvertendo che decisa la lite mediante la sentenza « se l'attore respinto da questa ripropone la stessa azione contro lo stesso convenuto, viene respinto colla exceptio rei iudicatae ».

« In questa cosiddetta funzione negativa la detta eccezione sta a servizio della consunzione processuale e subentra in luogo della exc. rei in iud. deductae, la quale ha luogo solamente quando l'azione è ripetuta ancora prima del giudizio o il giudizio intervenuto è nullo ».

«L'exc. rei iudicatae ha però inoltre anche una funzione così detta positiva, che consiste in questo: che per essa vengono respinte anche *altre* pretese contraddicenti alla sentenza, affinchè l'auctoritas rei iudicatae venga mantenuta e si ponga fine alle liti». Dopo tali dichiarazioni l'autore con meraviglia nostra, e crediamo d'ogni lettore impregiudicato, conclude (pag. 423 in f.):

«L'exceptio rei iudicatae era nell'Editto congiunta coll'exceptio «rei in iudicium deductae in **una** [il grassetto è di Czylarz] exceptio, «che nella sua redazione edittale era concepita: si ea res q. d. «a. iudicata vel in iudicium deducta non est. In conformità di che «anche Gaio parla soltanto di **una** exceptio r. iud. vel in iud. deductae».

Dieci anni dopo l'Eisele¹⁾, che anche prima aveva espresso parere contrario alla teoria del Lenel (*Abhandlungen z. röm. Civilprozess*), la respingeva ancora.

Non parrà quindi ingiustificato che su questo stesso argomento ritorni io, che l'asserta unità dell'exceptio combattei pure sino dal 1890 senza aver sentore alcuno delle cit. *Abhandlungen* dell'Eisele; e ciò tanto più dal momento che il Lenel dichiara anche nella 2^a ed. ted. del suo Edictum di tenere ferma la sua teoria dell'unità dell'exceptio²⁾.

In quel mio lavoretto, io insisteva principalmente su considerazioni attinenti alla sostanza delle due eccezioni e quanto agli argomenti tratti dalle fonti mi limitavo alla invocazione ed interpretazione di alcuni testi, che implicavano più o meno chiaramente che l'exceptio rei in iud. ded. e rei iudicatae fossero due eccezioni, dichiarando, di pochissimo valore l'argomento che il Lenel traeva e affermava evidentissimo da Gaio, IV, 121 contrapponendo il vel della frase: quod res iudicata est *vel* in iudicium deducta est agli congiungenti tra loro i membri della enumerazione delle altre eccezioni, che vi precede³⁾.

¹⁾ *Zeitschr. der Savigny Stiftung*. Rom. Abth., XXI, pagg. 1-58.

²⁾ Pag. 486. Però, come vedremo più innanzi, lo stesso Lenel ha modificato la sua tesi in modo da comprometterne, a nostro credere, la sostanza.

³⁾ Questa stessa osservazione la faceva dieci anni dopo l'EISELE («Exceptio rei iud.» in *Sav. Stift.* XXI, pag. 12). Egli dopo aver dimostrato che nell'Editto la formula non avrebbe mai potuto dire exc. rei iud. *vel* in iud., etc., come ha riconosciuto anche il Lenel nell'ultima ediz., dice: «Noi vogliamo per ora non

Un primo argomento io traeva dal fr. 6 *de exceptione rei iudicatae*, 44, 2:

Paulus, l. LXX *ad Edictum*: «Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inesplicabilem faciat difficultatem maxime si diversa pronuntiarentur. parere ergo exceptionem rei iudicatae frequens est».

A proposito del quale io innanzi tutto osservava che colle parole «singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere - placuit» il giureconsulto Paolo, in un'epoca in cui era ancora in pieno fiore il principio della consumptio actionis per litis contestatio (nei noti limiti segnati da Gaio, IV, 106, 107) non poteva essersi riferito soltanto all'effetto estintivo perentorio e moratorio del giudicato, ma eziandio e più specialmente a quello ugualmente estintivo perentorio e novatorio della litis contestatio, per se stesso meno ovvio, più caratteristicamente romano e per ciò stesso più meritevole di essere dilucidato e giustificato di quel che potesse essere l'effetto della cosa giudicata.

E che tale fosse realmente il senso di quel fr. mi pareva validamente confermato dalla manipolazione non meno evidente che goffa ed in parte almeno comunemente ammessa, alla quale per opera di Triboniano, era stato sottoposto il primitivo testo di Paolo, affinché esso divenisse riferibile esclusivamente alla exc. rei iudicatae omai sola rimasta delle due nel diritto giustiniano. Manipolazione della quale il testo non avrebbe avuto bisogno, se l'exceptio rei in iud. ded. e rei iudicatae avessero costituito nella mente di Paolo una unica eccezione; e che consisteva, oltre che in opportune mutilazioni, nell'aggiunta delle parole «maxime si diversa pronunciarentur» con le altre che seguono. Questa aggiunta fu fatta affinché il ragionamento di Paolo divenisse applicabile esclusivamente all'exceptio rei iudicatae a cui soltanto si riferisce la rubrica di questo titolo, e non

contestare la possibilità che *questa* formula (cioè: si ea res q. d. a. iudicata non est inve iud. ded. non est) abbia esistito così *nell'Editto*, ma da ciò non consegue in alcun modo, che ivi si trattasse di *una* e non di *due* eccezioni. È anzi possibilissimo — e perciò, se ragioni di sostanza a ciò ne confortano, anche da ammettere — che anche in tal caso *nella formula del singolo processo* fosse inserita soltanto l'una o l'altra circostanza, con che è data appunto la dualità delle eccezioni».

fosse più riferibile anche alla omai scomparsa *exc. rei in iudicium deductae*.

A chi osservi spregiudicatamente il testo, non potrà sfuggire una specie di parallelo che il pensiero di Paolo seguè in tutto il breve fr. e di cui la manipolazione triboniana non è riuscita a cancellare le tracce. Parallelismo che a me sembra perfettamente corrispondere a quello stesso che in ordine al loro scopo e funzione presentavano l'*exceptio rei iud.* e l'*exc. rei in iud. ded.*

Ed infatti mentre nella prima parte del fr. il «*singulis controversiis singulas actiones - sufficere probabili ratione placuit*» dovette riferirsi all'effetto consumativo e moratorio della *litis contestatio*, l'*unumque iudicati finem sufficere* si riferiva all'effetto consumativo e novatorio del giudicato e conseguentemente all'*exc. r. iudicatae*; e così nella seconda parte con perfetta eutritmia il *ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inesplicabilem faciat difficultatem* si dovette riferire all'inconveniente che si sarebbe avuto se non si fosse avuto il principio della *consumptio actionis litis contestatione*, mentre il *maxime* si diversa pronuntiarentur coll'inelegante ed ambiguo parere *ergo exceptionem rei iudicatae frequens est*, costituiva il correlativo dell'*unumque iudicati finem sufficere* riferibile come abbiám detto all'*exc. r. iudicatae*¹⁾.

Ho pure creduto di dover sottolineare la parola *modus* (*litium*), perchè mi sembra che essa nettissimamente e con elegante proprietà di giureconsulto classico esprima il concetto che se non si avesse avuto la *consumptio actionis litis contestatione* e la conseguente *exceptio rei in iud. ded.* si avrebbe avuto il gravissimo inconveniente che si sarebbe moltiplicato, notisi, non il numero, come diremmo oggidì noi pensando all'ipotesi che non vi fosse l'*exceptio rei iudicatae*, ma il *modus litium*. Ora il *modus litis*, ossia l'estensione, il modo di essere, l'impostazione per così dire della controversia veniva appunto fissato una volta per sempre (ed ecco l'antitesi col *multiplicatus*) dalla *litis contestatio*, chiusura della 1ª fase in iure del processo, frutto dell'opera e dell'accordo concorrente delle due

¹⁾ Deve anchè riconoscersi che la prima parte del fr., che ci rappresenta come imprescindibile il bisogno dell'*exceptio rei iudicatae*, difficilmente si può conciliare colla conclusione, secondo la quale il parere *exceptionem rei iudicatae* è soltanto *frequens*.

parti e del magistrato, atto in cui si esauriva l'opera pacificatrice, di tutela della pace interna dello Stato ed in grande parte anche la funzione di difesa del diritto del magistrato, che segnava per così dire la presa di definitivo congedo delle parti dal magistrato, il quale con ciò aveva esaurito il suo compito.

Imperocchè quella *litis contestatio* era non soltanto una determinazione contrattuale o quasi convenzionale dei termini della controversia da parte dei contendenti, come in sostanza si ha oggidi dallo intreccio della presa delle conclusioni da parte dei litiganti nel processo odierno, ma era piuttosto una specie di composizione, parte volontaria, parte (in quanto quella non fosse possibile) forzata, nella quale interveniva anche il magistrato non solo come semplice compositore del litigio e impostore della pace a tutela dell'ordine e della tranquillità sociale, ma anche per impostare la questione in rapporto al diritto positivo costituito ed occorrendo per rintracciare, enunciare ed adattare al caso concreto il principio giuridico (*ius dicere*) accomodando anche ove fosse stato necessario (*fictiones, actiones utiles, act. in factum*) il fatto stesso al principio di diritto costituito, per fare insomma tutto quello che i romani solevano dire *ordinare iudicium*.

Onde si comprende benissimo che una volta che il processo era arrivato a tal punto non si potesse più tornarvi sopra senza che lo stesso decoro o dignità del magistrato richiamato a disfare e rifare in tutto od in parte ciò che aveva fatto non ne rimanessero offesi o menomati. E perciò da tal momento l'antico rapporto tra i contendenti che era stato origine ed oggetto del litigio e l'*actio* che era stato il mezzo per farlo valere erano consumati: questa esaurita, consumata e quello sostituito, novato, da quel tale altro rapporto, la cui determinazione, risultato dell'opera concorrente nel sopra indicato modo delle parti e del magistrato, costituiva il contenuto od almeno la parte principale del contenuto della *litis contestatio*.

Arrivato il processo al *iudicium*, presa tal parola in quel senso in cui l'usava il magistrato nella sua famosa formula *iudicium dabo*, la lite vera e propria era finita, il litigio composto, al rapporto giuridico controverso era sostituito un rapporto nuovo esattamente definito (come potrebbe od almeno dovrebbe essere oggidi la cosa giudicata in confronto all'oggetto della controversia) incontrovertibile, perchè in esso era intervenuto più o meno attivamente anche il ma-

gistrato. Rapporto che perciò era affatto indipendente da quello che era stato l'oggetto della lite. Il rapporto, come dice Gaio nel notissimo passo (III § 180), era novato, l'obbligazione preesistente era estinta, tanto che Gaio tratta di questo caso appunto a proposito dei casi di estinzione delle obbligazioni.

E ciò a tal punto che, a testimonianza dello stesso Gaio, IV, 114, fu perfino questione molto grave ed agitata « si ante rem iudicatam is cum quo agitur, post iudicium acceptum satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius condemnare quia iudicii tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat ». Questione che Gaio risolve soggiungendo: « nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis fuerit iudicium, et hoc est, quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia iudicia esse absolutoria ».

Da questi semplicissimi richiami apparisce parmi ad evidenza, che, fino a quando tale si mantenne lo spirito del processo e pur sempre dentro i limiti da Gaio indicati e comunemente noti, dovette necessariamente esserci un mezzo per assicurare al processo, già ormai arrivato secondo l'autorevolissima opinione di Sabino o di Cassio al suo periodo assolutorio, il risultato fino a quel punto ottenuto, che era, notisi, tutto quello a cui (nelle categorie di processi sopra dette) unicamente tendeva il magistrato e per suo mezzo lo Stato, i quali da quel punto in avanti si disinteressavano completamente del processo, tanto che anche la persona del giudicante era un privato e poteva essere anche un peregrino.

Il ricominciare da capo in base alla medesima azione (e s'intende tra le medesime parti) il processo già entrato in quella sua fase risolutiva, oltre ad andare contro il principio de eadem re ne sit actio, avrebbe frustrato tutta l'opera di composizione della lite, della ordinatio iudicii compiuta dal magistrato, per parte dei contendenti, sarebbe stato un ritrattare ciò che esse avevano davanti al magistrato iudicens concordato (iudicium acceptum), e, considerazione questa che non ricordo di aver trovato mai fatta sino ad ora, avrebbe importato oltrechè un richiamare il magistrato a disfare e rifare il già fatto, una revoca della nomina da questi fatta del iudex, ossia una specie di spodestamento di costui e quindi anche una grave offesa alla sua dignità.

Perciò io ritengo che anche indipendentemente dal principio del bis de eadem re ne sit actio, data la struttura del processo romano era indispensabile che avvenuta la ordinatio iudicii, vi fosse un mezzo per renderla irrevocabile; risultati ottenuti anche nel caso che il processo avesse potuto, una volta interrotto, essere ripreso ab initio col riproporre l'azione¹⁾.

1) Che la deductio rei in iudicium dovesse escludere qualsiasi ritorno sulla stessa questione, o secondo il linguaggio giuridico dei romani produrre o ipso iure od almeno ope exceptionis, come nei casi dei quali noi ci stiamo occupando, consunzione del diritto d'azione e correlativa novazione del rapporto tra le parti è fenomeno che non solo si spiega e si giustifica pienamente, ma che, per poco che ci guardiamo attorno nello stesso ambiente in cui viviamo oggidì appare molto più naturale ed ovvio di quello che a prima vista potrebbe immaginarsi. Esso si spiega e si giustifica già col considerare che tale deductio in iudicium implica non solo un accordo intervenuto tra le parti (onde l'espressione significantissima iudicium acceptum) coll'intervento attivo ed in quanto potesse occorre in più o meno larga misura coattivo del magistrato e quindi quella tale novazione del rapporto tra attore e convenuto che altro non è che una specie di composizione provvisoria o preparatoria del litigio, come primo passo verso la decisione o composizione definitiva di esso, ossia una specie di vero e proprio compromesso (si pensi infatti all'actio legis per iudicis arbitrive postulationem, alle formulae arbitrariae, alla possibilità che iudex possa essere anche un peregrino, un passante e che esso possibilmente sia designato dal comune accordo dei litiganti), ma implicava eziandio una decisione in parte definitiva e completa (per quella parte cioè che allo scopo di ordinare il iudicium veniva dal magistrato cambiata), in parte ipotetica (per le questioni cioè la cui decisione era rimessa e comandata al iudex). E ciò non solo nei rapporti del diritto, ma sino ad un certo punto, in varia misura, in realtà o solo virtualmente anche nei rapporti del fatto. Si aggiunga che tale decisione emanava da un magistrato sovrano nel doppio senso della parola: e, cioè, nel senso che neppur altro ve ne era di grado gerarchico a lui superiore e nel senso che esso era investito della sovranità (imperium) e compiva in virtù di essa una funzione (imperium mixtum, iurisdictio [ius dicere]. Conf. MOMMSEN ... e il nostro lavoro *Ius ex scripto e ius ex non scripto*. Volume per le onoranze a L. Martini. Siena), partecipava al tempo stesso della funzione giudiziaria e di quella legislativa e che (salvo i casi nei quali era in giuoco un interesse pubblico, che toccavano cioè il ius publicum nel senso romano) nel suo esercizio concreto, come speriamo di avere largamente dimostrato nel nostro scritto *Contributo critico alla teoria generale dei Pacta in dir. rom.* Siena, 1891, tendeva come a suo precipuo scopo piuttosto alla composizione ed eliminazione del litigio, al ristabilimento della pace tra i contendenti, che alla attuazione del diritto. Dalle quali considerazioni già apparisce abbastanza evidente, come una volta ordinato e acceptum il iudicium sarebbe stato non che innaturale, illogico e contraddicente a tutto lo scopo del processo, e alla sua divisione nei due stadi lo ammettere la possibilità che la medesima questione potesse, una volta arrivata a quel punto, essere riproposta. Per le stesse ragioni non sarebbe stato neppure concepibile l'appello.

Così anche nel nostro processo penale (ciò che è anche più significativo,

Si pensi inoltre che nell'ordo iud. priv., al quale ci riferiamo la *litis contestatio* costituita dalla redazione e consegna della formula da parte del magistrato, implicava già un pronunciato sia pur virtuale, od ipotetico di costui nella controversia, tale anzi che le parti, se non proprio sempre, almeno nel più dei casi, sapendo ognuna come

perchè in esso non è la verità semplicemente formale che si cerca, com'è di regola nel processo civile, ma la verità reale od obiettiva) abbiamo che proprio per i reati più gravi (art. 9, al. 1° e 5° Cod. proc. pen.), oltre che per alcuni altri per ispeciale ragione politica, nel procedimento davanti alla Corte d'assise i così detti giudici del fatto, che appunto si considerano come una incarnazione della sovranità popolare, giudicano sovranamente, inappellabilmente (art. 590 pr. Cod. proc. pen.).

Ed è sempre e principalmente per la ragione che non si concepisce appello o ricorso dal giudicato di un tribunale che non ne abbia altro gerarchicamente superiore che da noi non sarebbe concepibile altrimenti che per partito preso (ed ahì quanto mal preso), come pure da taluno in una recente strepitosa occasione fu preteso, un ricorso sia pure in Cassazione contro il giudicato od anco semplicemente la condotta del Senato costituito in Alta Corte di giustizia, stando quell'*alta* appunto a significare che tal Corte di giustizia non ne ha altro al di sopra di sè, come quel titolo *suprema* dato alla Cassazione sta a significare che essa nel nostro *organismo del potere giudiziario* rappresenta il più alto grado gerarchico, in forza del quale appunto essa può disfare, annullare, cassare, non però rifare l'operato e in parte modificare, il giudicato dei magistrati di grado inferiore, a nessuno dei quali per quanto in su nella scala gerarchica detta, appunto per tale sua subordinazione nè è dato nè potrebbe darsi l'appellativo di « alto ».

Ora il magistrato romano, il pretore in quella sua funzione di *ius dicens*, nella *ordinatio iudicii*, era non soltanto giudice *supremo*, *alto*, *sovrano*, ma era tutto ciò insieme e qualche cosa ancora di più; egli aveva l'*imperium mixtum* e l'*imperium merum*, era al tempo stesso *supremo* magistrato e se non proprio legislatore nel senso tecnico della parola, qualche cosa di simile, anzi direi qualche cosa di meglio: *conditor iuris*, *viva vox iuris civilis*.

Nulla quindi di più razionale e giustificato che ciò che egli operava e decideva nel processo fosse inappellabile e non suscettibile di ricorso nè di rinnovamento.

Una riprova di questa verità è data dal progressivo attenuarsi e scomparire del fenomeno, mano mano che per il progressivo affermarsi del principato e del reggimento autocratico il pretore non rappresenta più che un gradino della gerarchia giudiziaria facente capo all'imperatore, da cui essa ripete i suoi poteri. Di pari passo a tal fenomeno infatti si ha come perfettamente correlativo il completo prevalere della straordinaria *cognitio*, ossia la scomparsa della distinzione del procedimento in *iure* e in *iudicio*, e per quello che specialmente riguarda il nostro tema, la scomparsa sia pure come alcuni pretendono in epoca relativamente tarda dell'*exc. rei in iud. deductae*, e l'affermarsi del principio dell'appellabilità dalle decisioni del magistrato; insomma un progressivo avvicinarsi del processo a quello che è il processo dei tempi posteriori.

stava in coscienza, potevano valutare in tutta la sua portata e più di quello che avesse potuto fare lo stesso magistrato che lo aveva emesso in ipotesi. Onde sarebbe stato assurdo e irriverente che quelle stesse parti invece che tirare avanti nel procedimento si fossero poi ripresentate a quello stesso magistrato per riproporgli quella stessa questione che egli per quanto era in lui aveva già risolta e decisa.

Era quindi inevitabile che arrestatosi il processo prima della pronuncia e riproposto davanti allo stesso magistrato, quella delle parti che vi avesse interesse potesse eccepire che la questione era già stata portata sino a quel punto, deducta in iudicium, che io intenderei: convertita, quasi tradotta o trasmutata, per l'opera concorrente delle parti e del magistrato da lite, controversia od actio in iudicium; in stato cioè, di quel tale novato rapporto, di essere giudicata, nel senso cioè che le parti avevano ottenuto dal magistrato quel iudicium che egli aveva o nel suo edictum od altrimenti (per disposizione legislativa), promesso di *dare* (iudicium *dabo*, iudicium acceptum per parte dei contendenti e segnatamente del convenuto) e che per ciò egli non avrebbe potuto nè disdire, nè alterare.

Ora quest'eccezione, che non poteva mancare, per sostanza e per forma doveva essere assolutamente distinta dall'*exc. rei iud.*, non fosse altro perchè di essa si sentiva appunto il bisogno specialmente quando il processo non era arrivato sino alla sentenza.

Caso che non doveva essere infrequente, appunto perchè la lite, in sostanza, virtualmente era già decisa colla concessione e redazione della formula; sicchè chi aveva torto, fino da tal momento nel più dei casi almeno sapeva che cosa poteva aspettarsi²⁾.

Ora l'eccezione era appunto l'*exceptio rei in iud. ded.* e a ragione poteva dirsi con Paolo che senza di essa il *modus litium* si sarebbe

²⁾ Di questa ripugnanza, del resto spiegabilissima e giustificata, dei magistrati romani a disdirsi e correggere i loro pronunciati abbiamo un prova anche nel contegno di Ponzio Pilato, che dal punto di vista della correttezza politica e della legalità fu in quella memoranda circostanza assai meno riprovevole di quello che, com'è naturale, porta la tradizione cristiana.

È infatti da tener presente che mentre per lo più il magistrato sia pure in forma ipotetica decideva la stessa questione per la quale egli rinviava le parti davanti al giudice, molte volte però in varia misura decideva anche in modo definitivo la controversia col denegare l'azione o ordinando il iudicium e foggiando la formula in un modo piuttosto che in un altro.

multiplicatus in guisa da produrre quella summam et inesplicabilem difficultatem che egli ricorda. Tanto più che, siccome dare iudicium da parte del magistrato implicava la riaffermazione di un principio di diritto, talora anzi la rivelazione di un principio nuovo, la possibilità di cadere in contraddizione con se stesso, avrebbe costituito e per la portata assai più generale dal punto di vista della formazione del diritto positivo e per l'altissima posizione e dignità del pronunciante, un pericolo assai più grave di quello della pluralità di giudicati discordanti. Imperocchè la res iudicata è opera di privato, è risoluzione pratica di caso concreto, che può essere variamente determinata dall'esito talora incerto delle prove, dal contegno delle parti, dalla illuminatezza od ignoranza non che dalla disonestà del iudex privato, il quale appunto perchè tale non può pretendere di essere tenuto superiore ad ogni sospetto, com'è del magistrato⁴⁾.

⁴⁾ È in gran parte per tali ragioni che si comprende e si spiega come nel diritto classico, all'opposto di quello che avviene oggi, quella che noi chiamiamo la norma o massima giurisprudenziale non si desumesse affatto dai giudicati i quali sono invece oggi, in misura assai spesso esagerata, il faro verso cui si orientano i giuristi così detti pratici; fenomeno questo non abbastanza avvertito anche da parte dei romanisti.

E tanto è vero che la concorrenza di più giudicati discordanti non produce affatto lo scandalo cui si allude nel fr. in esame, che essa è fenomeno frequentissimo, si può dire anzi normale in tutti quei sistemi di ordinamento giudiziario, i quali hanno più gradi di giurisdizione, mentre anzi in quelli a tipo francese come il nostro, il grado più alto della gerarchia giudiziaria è costituito dalla così detta Corte di cassazione, ossia da un tribunale istituito unicamente od almeno principalissimamente per annullare, cassare le sentenze dei magistrati dei gradi inferiori tutte le volte che nella sentenza o comunque nello svolgimento del processo sia avvenuta da parte del magistrato una qualsiasi violazione di legge.

Nè ci si obietti che nel caso dell'adizione successiva dei vari gradi di giurisdizione e di sconcordanza tra i relativi pronunciati la res non è giudicata se non dopo che tutti tali gradi furono da essa attraversati e l'ultimo pronunciato fu divenuto irrevocabile, perchè ciò vale solo nel senso che fino a tal momento non si hanno gli effetti giuridici della res iudicata e segnatamente la definizione ed eliminazione del litigio, l'actio e l'exc. iudicati, ma non nel senso di escludere che si siano avuti altrettanti pronunciati di magistrati quanti furono i gradi di giurisdizione, che per il discordare tra di loro farebbero prova della fallibilità della giustizia umana non meno di quello che avverrebbe della discordanza tra due pronunciati effettivamente e definitivamente passati in cosa giudicata nel più rigoroso senso della parola.

Mentre d'altra parte è pure da tener presente che ciascuno di quei pronunciati a cominciare da quello d'infimo grado avrebbe potuto divenire definitivo,

Un testo decisivo in favor della mia tesi mi parve già il fr. 17 de except. 44, l Paulus, l. LXX *ad edictum*: « Sed si ante viam, deinde fundum Titianum petat [secondo altri manoscritti petam], quia et

passare cioè in giudicato, solo che le parti lo avessero voluto rinunciando all'esperimento dei gradi superiori di giurisdizione.

E neppure può dirsi che la ragione principale per cui mediante l'exceptio si cerca di impedire il concorso di più pronunciati su di una stessa res sia quello di ovviare al pericolo del discredito che da una eventuale discordanza tra essi ne verrebbe per l'autorità giudiziaria. Imperocchè se così fosse la res iudicata dovrebbe produrre il suo effetto negativo ipso iure e conseguentemente l'exceptio rei iudicatae dovrebbe essere opponibile d'ufficio, ciò che non è, nè nel processo nostro odierno, nè a mio credere poteva essere neppure nel processo romano, benchè vi siano illustri romanisti che sostengono il contrario, ossia che l'exceptio rei in iudicium deductae, come quella rei iudicatae dovessero esser fatte valere d'ufficio dal magistrato, qualora le parti avessero trascurato di farlo. Così ad es. CZYLARZ, *Lehrbuch des Instit.* (V-VI ediz., Wien, 1902), § 161, pag. 411, nota *, insegna che alcune exceptiones poterono essere introdotte nella formula anche senz'essere opposte dalle parti, di ufficio, e adduce come esempi l'exc. legis Plaetoriae, quella S. C. Vellaeani, la rei iud. vel in iud. ded.

Per parte nostra però riteniamo che se può ammettersi che il magistrato pretore avesse il dovere di inserire d'ufficio nel silenzio delle parti quelle tali eccezioni che derivavano da una disposizione d'ordine pubblico, come appunto erano l'exc. legis Plaetoriae e quella S. C. Vellaeani, tutt'altro invece è da dire, a mio credere, dell'exc. rei in iud. ded. e di quella rei iud.

Imperocchè mentre per una parte sulla stessa linea dell'interesse pubblico affermato nel principio bis de eadem re ne sit actio si trova infallibilmente ed assai più sentito l'interesse di almeno una delle due parti (normalmente del convenuto) che è garanzia che l'exceptio sarà in ogni caso fatta valere, poichè specialmente quanto alla exc. rei iudicatae è impossibile che tra le due opposte parti non ve ne sia una che abbia per quella tale res interesse a tenere in piedi il giudicato, quanto all'exc. in iudicium deductae, l'interesse pubblico veniva ad essere completamente al sicuro oltre che per l'affidamento sull'iniziativa della parte interessata, per il fatto che il magistrato stesso, non foss'altro per trarsi d'impaccio e risparmiarsi una molestia, poteva denegare l'actio, in quanto la promessa di dare iudicium egli aveva già una volta adempiuto. E di fatti il magistrato il quale nel silenzio delle parti e sapendo per altra via che quella res era già stata una volta in iudicium deducta, avesse condotto il processo sino al punto d'inserire non richiesto da alcuno, ma d'ufficio nella formula l'exc. rei in iud. ded., avrebbe per il primo violato con tale nuova deductio in iudicium il principio d'ordine pubblico che con quell'eccezione s'intendeva di far valere.

Senza pure considerare la falsa posizione e le difficoltà in cui si sarebbero trovate le parti ed il iudex. A chi infatti dei due contendenti avrebbe dovuto incombere l'onere della prova del fondamento di tale eccezione, dal momento che è dato per ipotesi che nessuno dei due l'avesse fatta propria? Ed in tale situazione quali mezzi avrebbe avuto il povero iudex (un privato che poteva essere anche il primo passante per via od un peregrino) per accertarsi se la res era stata già in iudicium deducta o già iudicata?

diversa corpora sunt et causae restitutionum dispare, non nocebit exceptio ».

« Siccome questo fr. - osservai già (op. cit. pag. 7) - apparteneva al commento di Paolo a quella parte dell'Editto che trattava dell'*exceptio rei iud. vel in iud. ded.*, è evidente che quando il giureconsulto ci parla di un *ante viam*, *deinde fundum petere*, queste parole devono riferirsi più specialmente alla *exc. rei in iud. deductae*, perchè s'intendeva da per sè che quello che sotto tale rapporto valeva per essa, valeva a fortiori per la *exceptio rei iudicatae* ». Ed ora senza esitazione aggiungo che il dire « *si ante viam, deinde fundum Titianum petat* » non può significare che quando l'attore promuoverà il giudizio petitorio per il fondo Titianum fosse già intervenuta sentenza nell'altro giudizio da lui medesimo promosso col *petere viam*. Imperocchè, se si fosse trattato di questa sola ipotesi l'*exceptio* di cui si parla non avrebbe potuto essere che quella *rei iudicatae*. Ma allora rimarrebbe a spiegare come mai i compilatori del Digesto che avevano il compito di non mantenere in questo che l'*exceptio rei iudicatae* avrebbero soppresso le parole *rei iudicatae* e collocato questo fr. anzichè nella sua vera sede, ossia nel titolo seguente: *de exc. rei iudicatae*, in quello affatto generico: *de exceptionibus praescriptionibus et praeiudiciis*. E infatti il Cuiacio, riteneva che alle parole finali: « *non nocebit exceptio* » dovesse aggiungersi: *rei iudicatae*, evidentemente perchè non era possibile che Paolo avesse parlato di *exceptio* senz' altra determinazione, mentre d'altra parte dal punto di vista della legislazione giustiniana essa non avrebbe potuto essere che l'*exceptio rei iudicatae*. Ora, è certo che se Paolo avesse proprio detto: *exc. rei iudicatae* i compilatori non avrebbero soppresso le parole: *rei iudicatae* e d'altro canto se i compilatori truncarono il fr. di Paolo subito dopo la parola *exceptio* vuol dire che la qualifica data da Paolo doveva essere in contraddizione col sistema giustiniano, e perciò non poteva essere che l'*exceptio rei in iudicium deductae*.

Non è poi probabile che Paolo avesse scritto: *non nocebit exceptio rei iudicatae vel in iud. deductae*, perchè una tale formula avrebbe servito anche per designare i casi di semplice *exc. rei in iud. ded.*, ed i compilatori non avrebbero avuto ragione di mutilare il testo, essendo esso divenuto per la scomparsa dell'*exc. r. in iud. d.* riferibile esclusivamente all'*exc. r. iud.*, o, ciò che è molto più probabile, si

sarebbero limitati a sopprimere le parole « in iud. d. vel. ». Che se poi i compilatori non lo modificarono, è evidente che ciò dovette avvenire sol perchè avendo sott'occhio il testo genuino esplicitamente riferentesi alla sola exc. r. in i. ded. non credettero di poterlo forzare fino al punto di sostituire a tale designazione quella: rei iudicatae, perchè troppo in contrasto con tutto il fr., e adottarono l'espedito di collocarlo anzichè sotto il titolo speciale e proprio della exc. r. iudicatae nel titolo assai più generico de except., praescript. et praeiud.

Un altro testo ch'io pure adduceva è il fr. 14 § 13 D. 4, 2: Ulp. l. XI *ad. ed.*: « Eum qui metum fecit et de dolo teneri certum est et ita Pomponius et consumi alteram actionem per alteram *exceptione in factum* opposita ».

Evidentemente, e come già tra gli altri avvertì il Puchta¹⁾, questa exceptio in factum nel testo originario di Ulpiano, altro non era che la exceptio rei in iudic. deductae, convertita dai compilatori in una exc in factum, non essendo in tal caso neppure pensabile un'exceptio rei iudicatae.

Chi però credesse di poter invalidare la nostra argomentazione²⁾, adducendo, che nel fr. in esame potè forse trovarsi sino da principio la espressione: exc. in factum, perchè la fattispecie trattata non costituisce un caso di vera res iam in iudicium deducta, ma si riduce soltanto all'esperimento successivo di due azioni diverse (quod metus causa e doli), non ha che da richiamarsi alla memoria il concetto romano del de eadem re agere, quale ci viene definito dallo stesso Ulpiano, l. LXXIV, *ad ed.*, in termini che non potrebbero desiderarsi più chiari, in fr. 5 *de exc. r. iud.* 44, 2: « De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiat, de eadem tamen re: ut puta si quis mandati acturus, cum ei adversarius iudicio sistendi causa promississet, propter eandem rem agat negotiorum gestorum vel condicat, de eadem re agit. recteque ita definietur eum demum 'de ea re': non agere, qui prorsus rem ipsam non persequitur: ceterum cum quis actionem mutat et

¹⁾ *Institut.* (IX Aufl.), vol. I, § 172, nota f.

²⁾ Così osservavamo già nel citato nostro lavoro (pag. 9 dell'Estratto), nota 1, la quale per un'erronea trasposizione tipografica venne collocata ed attribuita a detta pagina anzichè al n. 1 della pag. 4.

experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis quam instituit, videtur 'de ea re' agere».

Inoltre secondo l'Eisele¹⁾, ed a mio credere con ragione, non mancano neppure testi del Digesto che facciano prova diretta della nostra tesi.

In fr. 4 de exc. r. iud. dice Ulpianus l. LXXII²⁾ *ad ed.*: «rei iudicatae exceptio tacite continere videtur omnes personas, quae rem in iudicium deducere solent».

«Qui - osserva l'Eisele - appare del tutto evidente, che Ulpiano ha trattato separatamente della exc. rei in iud. ded. e dell'exc. rei iud., imperocchè egli per una questione relativa alla exc. rei iudicatae si riferisce a quello che vale per la stessa questione a riguardo dell'exc. rei in iud. deductae. Per convincersi che Ulpiano non avrebbe potuto assolutamente scrivere quello che scrive qui, prendendo a base un'unica exceptio, basta semplicemente sostituire nella frase di Ulpiano alla exceptio rei iudicatae quella pretesa unica eccezione; poichè il risultato ne sarebbe: rei iudicatae vel in iudicium deductae exceptio tacite continere videtur omnes personas, quae rem in iudicium deducere solent! ». Analogo argomento trae l'Eisele³⁾ anche dal fr. 11, § 7 h. t. dello stesso Ulp. l. LXXV *ad ed.*, dimostrando, in modo che a me pare incontrovertibile, che questo testo di Ulpiano nella sua forma genuina doveva riferirsi unicamente all'exceptio rei in iudicium deductae, e che esso invece è divenuto quel guazzabuglio anche grammaticalmente scorretto che esso è nel Digesto per le alterazioni alle quali l'avrebbero sottoposto i compilatori per riferirlo all'exc. rei iudicatae.

Ma che poco numerosi siano nel Digesto i fr. attestanti la duplicità delle due eccezioni è cosa che si spiega benissimo per la semplice ragione che i compilatori avevano il compito di far scomparire ogni traccia dell'exceptio rei in iud. ded.⁴⁾

Numerosi sono invece quei testi che, riferendosi in origine a

¹⁾ Monografia cit., pag. 26 segg.

²⁾ Come correggono LENEL, *Ed. Perp.* (I ediz. pag. 403, nota 10; *Palingen.* II, colonna 849. fr. 1625) e EISELE, op. cit., pag. 22, nota 1, e non libro LXXV come è nella iscrizione del fr. nel Digesto.

³⁾ Loc. cit., pagg. 22-26.

⁴⁾ Cfr. qui quanto molto giustamente osserva l'EISELE, op. cit. in *Ztschr.ft. d. S. St.*, vol. XXI, pag. 20, IV.

questa exceptio deductae, poterono dai compilatori essere adattati con qualche lieve ritocco all'exc. rei iudicatae, non senza però che rimanesse traccia del loro originario significato.

Come mai una tale riduzione fosse possibile è facile comprendere solo che si consideri che sì l'exc. rei in iud. deductae come quella rei iudicatae avevano perfettamente comune lo scopo (che per l'exc. rei iud. costituisce solo la cosiddetta funzione negativa) di servire ad impedire la riproposizione di un'actio, sia pure non ipso iure, consumpta e poggiavano sopra una base in parte comune, perchè una res nel rapporto tra due persone non poteva essere iudicata senza essere stata tra quelle stesse persone anche già in iudicium deducta.

Ed appunto perchè tra due persone non poteva essere iudicata che quella stessa res che fra le medesime era stata in iudicium deducta, abbiamo che mentre alla exc. in iud. ded. non avrebbero potuto senz'altro essere riferiti i testi relativi che parlavano dei requisiti della exc. rei iud., erano facilmente suscettibili di essere riferiti all'exc. rei iudicatae i testi che parlavano dei requisiti o presupposti dell'exc. rei in iud. deductae. Imperocchè per operare tale conversione bastava aggiungere a quei tali presupposti o requisiti quello: che tra le parti in questione oltre alla in iud. deductio fosse intervenuto anche il giudizio. Circostanza abbastanza normale, che da parte dei compilatori, non aveva neppure bisogno di essere espressa, risultando essa implicitamente dalla collocazione di detti testi nel titolo *de exc. rei iudicatae*.

Tali sono tutti quei fr. nei quali si parla dell'invocabilità dell'exc. rei iudicatae, perchè tra le stesse parti e sulla stessa res aveva avuto luogo un petere od un agere, senza che si trovi fatta menzione dell'intervenuto giudizio.

E in alcuni non è neppure fatta espressa menzione dell'exc. rei iudicatae, ma il riferimento di essi a questo operato dai compilatori risulta implicitamente dalle circostanze sopra dette. Onde giustamente osserva l'Eisele ¹⁾, che se in essi era originariamente un riferimento alla exc. rei iudicatae vel in iudicium deductae non si comprenderebbe perchè i compilatori avrebbero così spesso soppressa tutta la frase, anzichè la sola seconda parte.

¹⁾ Op. cit., pag. 29, n. 1.

Per contro se questi e gli altri nei quali il riferimento alla exc. rei iud. è espresso avessero avuto tale significato anche nella mente dei loro autori, non si comprenderebbe come mai costoro così spesso avessero fatto menzione soltanto di un precedente agere e petere che è un presupposto necessario e sufficiente dell'exc. rei in iud. deductae, ma non sufficiente della exceptio rei iudicatae.

Se pure, come sarebbe stato anche più naturale romanamente e più appropriato, non si fosse preferito di enunciare tutti e due quei tali presupposti ossia dell'agere o petere e dell'intervenuto giudizio, come infatti si trova fatto in molti fr. di questo stesso nostro titolo.

Così, ad es., in fr. 9 pr. h. t. Ulp. l. LXXV: « Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde, ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam, an noceat exceptio ista? et putem, *sive fuit iudicatum* hereditatem meam esse, *sive adversarius*, quia nihil possidebat, *absolutus est*, non nocere exceptionem »;

in fr. eod. § 2: « ... quare *si* hereditariam rem vendideris, *ego eandem* ab emptore *petiero et vicero* »;

come pure in fr. 10, fr. 11 § 3: « ... a Sempronio *petieris et victus* fueris »; fr. 15, 17, 18, 19, 29 § 1; 30 pr. § 1: « Titii creditor ius suum *persecutus est et optinuit*, ... ei qui *in priore iudicio victus est* obstaturam rei iudicatae exceptionem »; e fr. 31 h. t. Nei quali tutti si fa espressa menzione, ancorchè in varia forma, dell'intervenuto giudizio.

Onde appare molto probabile che mentre i frammenti di quest'ultima categoria, per quella parte in cui è presupposto il giudicato, dovettero sino dalla loro origine essere riferiti all'exc. rei iudicatae, quelli invece dell'altra, nei quali cioè si parla solo di un già prima avvenuto petere od agere dovettero essere riteriti esclusivamente all'exc. rei in iud. deductae e solo posteriormente adattati all'exc. rei iudicati.

Di ciò abbiamo due esempi eloquentissimi in fr. 7 § 5 e fr. 11 § 6 h. t.

Dice nel primo Ulp. l. LXXV *ad ed.* (§ 5): « Idem erit probandum *et si quis debitum petierit* a debitore hereditario, deinde hereditatem petat, vel contra *si ante hereditatem petierit* et postea debitum petat ». Giustamente osserva l'Eisele ¹⁾: « se qui la decisione: nam

¹⁾ Op. cit., pag. 27.

et hic obstat exceptio viene fondata su nam cum hereditatem peto, et actiones omnes quae in hereditate sunt, *videntur in petitionem deduci*, bisognerebbe che fossero addotti argomenti molto stringenti per persuaderci che l'exceptio della quale qui si parla sia altra che l'exceptio rei in iudicium deductae, alla quale qui accenna oltre il dato di fatto [della precedente petitio] anche il modo di motivazione ».

E scrive nell'altro lo stesso Ulp. (l. LXXV *ad ed.*): « *si quis iter petierit* deinde actum petat, puto fortius defendendum *aliud videri tunc petitum* aliud nunc, atque ideo exceptionem rei iudicatae cessare » ed anche qui osserva l'Eisele che « siccome il petere fa sì che res in iudicium deducitur, così dovrebbe aspettarsi che ad aliud videri tunc petitum dovesse tener dietro: atque ideo exceptionem rei in iudicium deductae cessare ».

Nè potrebbe obbiettarsi che siccome il pretore « nella sua exceptio si riferiva non soltanto all'atto di costituzione [deductio in iud.] ma in modo alternativo anche all'atto di chiusura del precedente processo », così dal momento che l'eccezione era una sola per così dire a doppio uso, essa poteva ugualmente applicarsi essendo intervenuta la sentenza o soltanto la deductio.

Dal momento che, l'avvenuta deductio e il seguito giudizio, entro la cerchia dei processi imperio continentia alla quale ci riferiamo, non operava ipso iure (Gaio, III, 181), deve ammettersi che tali eccezioni non potessero essere avanzate d'ufficio dal magistrato, ma solo dovessero essere da lui introdotte nella formula come deduzione del convenuto, il quale sarebbe stato poi per ciò stesso tenuto a dare prova del suo asserto ¹⁾.

Se così era, non è ammissibile che nel caso concreto a tal convenuto potesse essere concesso di formulare la sua eccezione nella forma alternativamente ipotetica di exc. rei iud. vel in iud. deductae, imperocchè qui l'alternatività non si sarebbe avuta soltanto a riguardo

¹⁾ Tal concetto non potrebbe essere meglio espresso che con quel *summoveris*, che così efficacemente esprime l'idea della reazione del convenuto per respingere l'actio, e che infatti viene adoperato anche altrove da Gaio precisamente nello stesso senso, come ad es. in l. IV, 117 a 122; così pure ad es. in fr. 51 pr. de pactis 2, 14. dove: *petentem summovere exceptione*, è contrapposto a *ipso iure non liberabitur debitor*. Ed è quello stesso *submovere* che in forma attiva o passiva Gaio spesso adopera come sinonimo di *repellere* o di *repelli*, come ad es. in l. IV, § 117: « *exceptio per quam repelleris* ».

della specie o configurazione dell'*exceptio*, ma a riguardo dell'elemento di fatto su cui l'eccezione si sarebbe fondata: e l'elemento o presupposto di fatto doveva essere ben precisato, dall'eccepete, perchè dalla dimostrazione di esso dipendeva appunto l'ammissibilità dell'eccezione.

Senza dubbio la parte nuovamente citata in giudizio per una *res già giudicata* poteva a parer mio scegliere fra l'opporre l'*exceptio rei iudicatae* o semplicemente quella *rei [iam] in iudicium deductae*, perchè per es. la prova del fondamento di questa poteva essere più facile o per una qualsiasi ragione di risultato più sicuro. Ma ci sembra assurdo, contrario allo spirito del processo romano in specie, e in genere d'ogni sistema processuale, il supporre che un tal convenuto potesse opporre in forma alternativa tutte e due quelle eccezioni, o secondo la tesi del Lenel invocare contemporaneamente quel doppio uso di quell'*exceptio* a double-face, senza decidersi.

Mentre bisogna pur considerare come per lo meno poco logico sarebbe stato da parte di tal convenuto il mantenersi in tale alternativa che in realtà si riduceva a questo che esso diceva: la domanda dell'attore deve essere respinta, perchè la *res* fu già dedotta o già giudicata; ossia, perchè la cosa fu già dedotta in giudizio o già dedotta in giudizio e giudicata.

Alternativa che sarebbe stata assurda anche nella sostanza, perchè la seconda delle due ipotesi non era che la ripetizione precisa ed integrale della prima (*deductio rei in iud.*) complicata dell'aggiunta di un'altra circostanza (intervenuto giudizio).

Ad un tale convenuto il giudice avrebbe potuto rispondere press'a poco come rispose secondo il noto aneddoto in occasione di una sua visita quel tal principe al comandante di una fortezza che si scusava di non aver potuto fare in onore di sua altezza le salve d'uso per trentasei ragioni, delle quali la prima era che la fortezza non aveva cannoni, la seconda che non c'erano munizioni e via di seguito. E di fatti come quel principe udita la prima ragione se ne dichiarò soddisfatto e disse che non c'era bisogno, nè egli aveva voglia di udirne altre, così il nostro *iudex* nel caso in questione non avrebbe potuto fare a meno di dichiarare al convenuto che dal momento che la cosa era stata *iam in iudicium deducta* non c'era bisogno d'andare a cercare altro.

Mentre d'altra parte allo stesso convenuto a nulla avrebbe potuto giovare il poter invocare anche la circostanza dell'intervenuta sentenza [della *res iudicata*], perchè la prova di ciò implicava necessariamente prova dell'avvenuto deductio in iudicium di quella stessa *res*.

Nè ci persuadono le osservazioni fatte a questo riguardo dal Lenel, *Edictum perpetuum*, pag. 488 segg. Se non c'inganniamo, tutto il suo ragionamento tende soltanto a dimostrare che l'asserta unica exceptio doveva per lo meno poter servire al sopra detto doppio uso, vale a dire talora di semplice *exc. rei in iud. deductae*, talora di *exc. rei iudicatae*, e ciò fino al punto che quando fosse avvenuto che la portata della consunzione per *litis contestatio* appariva solo dal giudicato, questo solo poteva costituirne il fondamento, ad esso solo avrebbe potuto richiamarsi il convenuto per dimostrare il *bis in idem*. Ma ciò vale precisamente quanto dire che vi erano casi nei quali, almeno nella sostanza (*materiell*), l'*exceptio* in questione valeva soltanto come *exc. rei iudicatae* pura e semplice.

Il che a noi sembra andare poco d'accordo con la tesi stessa sostenuta dal Lenel.

Le argomentazioni di lui possono benissimo servire a spiegare come mai il pretore volendo assicurare l'efficacia del principio *bis de eadem re ne sit actio*, autorizzasse il convenuto ad opporre l'*exceptio rei iud. o r. iam in iud. ded.*, intendendo che potesse a seconda dei casi adottare l'una o l'altra formulazione. Ma non si spiega nè si dimostra come il pretore, pur avendo parlato al singolare (*exceptio rei iud. vel in iud. ded.*), dovesse poi mantenere l'alternativa anche nella formula concessa nei singoli casi concreti, rispetto ai quali tale forma non solo non avrebbe avuto alcuna plausibile ragion d'essere, ma sarebbe andata contro gli stessi scopi del processo.

Ora è evidente che sotto questo aspetto le difficoltà che il Lenel stesso si è proposto non restano in alcun modo tocche da quelle sue argomentazioni.

Imperocchè o nel caso concreto il convenuto ne aveva abbastanza della *exc. rei in iudicium deductae* e non intendeva o forse non poteva neppur invocare la *res iudicata*, perchè questa ad es. non si era avuta, ed allora non si comprende, come ha detto lo stesso Lenel, (vedasi sopra pag. cit.), perchè egli dovesse formulare la sua ecce-

zione come rei iudicatae vel in iud. ded., o il convenuto aveva maggiore facilità di provare il giudicato, o si trovava in uno di quei casi supposti, come or ora vedemmo, da Lenel nei quali « la menzione della cosa giudicata non era senza importanza perchè la estensione degli effetti della consumazione appariscono solo dal giudicato » ed allora non si comprende perchè in questa exceptio rei iudicatae dovesse farsi l'inutile richiamo alla res iam in iudicium deducta.

Il Lenel (pag. 487) si sofferma poi sull'obiezione dell'inutilità pratica di dedurre nella formula l'alternativa ¹⁾ e scrive: « Per intendere bene con i nostri contraddittori è indispensabile innanzi tutto di fissare, che cosa io intenda per « unità (Einheit) dell'exceptio ».

« Questa unità non deve significare, che in ogni singolo caso di pratica applicazione dovessero essere introdotte nell'exceptio tutt'e due quelle circostanze. *Era un essere andato troppo oltre* quando io sosteneva questo nella prima edizione. Il Gaius Augustodun. (IV, 110) scoperto dopo di allora ne avverte al contrario: « ... hoc est, si adhuc « pendet iudicium, rei in iudicium deductae, si iudicata... rei iudicatae », e ciò è, per quanto anche l'autore di questo lavoro di poco valore non meriti cieca fede, del tutto plausibile. Di regola almeno non vi era ragione alcuna di far menzione nella exceptio della circostanza della res in iudicium deducta anche dopo che era stato pronunciato il giudizio ».

¹⁾ Che le due eccezioni in questione avessero un campo d'azione diverso fu sostenuto e spiegato in un senso a dir vero un po' complicato, ma genialmente originale da Eisele, già nella prima delle sue tre *Abhandlungen zum römischen Civilprozess*, Freiburg, 1889, sulla exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, come osserva P. KRÜGER, che però in parte lo combatte, in *Kritische Vierteljahresschrift f. Gesetzg. und Rechtswiss.* Bd. XIII (anno 1890), pag. 322, in opposizione a SCHWALBACH, SAVIGNY e BEKKER, che avevano ritenuto che la exceptio rei in iudicium deductae ricorresse soltanto quando il processo era ancora pendente o quando esso era finito senza condurre alla sentenza.

In questa sua breve recensione però KRÜGER conclude: « Se in conclusione ci domandiamo se l'enigma di cui ci devono dare la spiegazione le supposizioni di Eisele, dato che queste risultassero vere sarebbe sciolto, dobbiamo rispondere negativamente. Coll'introduzione della exceptio rei in iudicium deductae l'exc. rei iudicatae quale organo della consumazione [dell'azione] doveva necessariamente cadere, precisamente come per effetto di quella era venuta meno l'exceptio o praescriptio si ea res in iudicio non est; che quella avesse assunto una nuova funzione « als Geltendmachung der Rechtskraft », non spiega il suo perdurare come eccezione di consumazione (als Consumtionseinrede).

Ma questo che dice il Gaius Augustodun, e che ora con esso dice il Lenel, è precisamente quello che avevo già detto io osservando a modo di conclusione che « se la sentenza era stata pronunciata validamente e il convenuto intendeva fondarsi sopra di essa, perchè ad es. eragli più facile addurne la prova, la exceptio nonostante la formula exc. rei iud. vel in iud. deducta colla quale forse¹⁾ era stata proposta, altro non era in sostanza che una exc. rei iudicatae vera e propria. E viceversa, se nè avanti, nè durante il secondo processo interveniva sentenza valida a compimento dell'altro processo, l'exceptio non poteva avere che la natura di una semplice exceptio rei in iudicium deductae. È per ciò che noi, considerando qui queste due eccezioni dal punto di vista della loro sostanza, della speciale funzione che ciascuna aveva (od almeno poteva avere) nel processo, dobbiamo riguardarle come due eccezioni affatto distinte ».

Il Lenel abbandona ora quella sua tesi ed ammette che in pratica nelle singole formule si sarebbe fatta menzione di quella sola delle due *circostanze* che il convenuto poteva o intendeva di far valere.

L'exceptio adunque nel caso di non intervenuta sentenza sarebbe stata concepita semplicemente: si ea res q. d. a. in iudicium deducta non est. Mentre nel caso inverso sarebbe stata concepita semplicemente: si ea res q. d. a. iudicata non est.

Ma, se così è, a che cosa mai si riduce la tesi dell'unità? Essa non è più una unità formale o nella formulazione, perchè egli ammette che in pratica l'eccezione potesse essere a seconda dei casi formulata semplicemente o come rei iud. ded. o come rei iud.

Non può essere neppure unità di sostanza, dal momento che ciascuna di quelle due diverse formule costituiva contestazione di una circostanza di fatto diversa²⁾.

« Ma la unità dell'exceptio - avverte subito il Lenel - non dipende in alcun modo dalla questione puramente estrinseca della sua formulazione, essa riposa a senso mio su questo, che, siccome nonostante la possibilmente diversa formulazione, fondamento, scopo e diritto dell'exceptio rimasero sempre uguali, essa era proposta come

¹⁾ Vedansi le spiegazioni di quella nostra esitazione sopra a pag. 142 e seg.

²⁾ V. sopra pag. 147 e seg.

una e formulata in un modo o nell'altro, agli occhi dei giureconsulti romani essa era una sola e medesima eccezione. Ma di ciò danno sicura notizia le fonti ».

Tali argomenti, come fra breve vedremo, si riducono in sostanza a quello che lo stesso Lenel fino dalla sua prima edizione trasse da Gaio, il quale fa sempre menzione di *una exceptio* soltanto « a cui egli dà sempre e nella stessa tornitura il nome di *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* ».

Gai, III, 181: « *debeo per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae summoveri* ».

IV, 106: « *et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* ».

IV, 107: « *et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae* ».

IV, 121: « *Peremptoriae sunt quae perpetuo valent nec evitari possunt, veluti quod metus causa aut dolo malo aut quod contra legem senatusve consultum factum est aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est* ».

« Si consideri - osserva a questo punto il Lenel - in questo ultimo passo lo scambio dell'*aut* e *vel*, la quale ultima parola anche in tutti gli altri tre passi congiunge tra di loro i due membri dell'*exceptio* e si consideri anche che l'ordine delle due circostanze di fatto è sempre il medesimo.

« Eisele crede, a dir vero, di poter spiegare lo strano comparire del *vel* in IV, 121, colla semplice identità dello scopo delle due eccezioni, ma questa identità per Gaio nella sua enumerazione di *exceptiones peremptoriae* non aveva il menomo significato, e non si riesce a vedere per che cosa avrebbe dovuto spingerlo a metter tale significato in evidenza ».

Io dichiarai già ¹⁾ che questo argomento tratto dalla contrapposizione di quel *vel* all'*aut*, e che il Lenel aveva chiamato evidentissimo, era senza valore, perchè pur sostenendo recisamente che le eccezioni fossero per la loro sostanza due separate e distinte, io allora ammetteva che esse potessero però essere state formalmente riunite nell'elenco dell'editto del pretore e nell'uso dei commentatori e del

¹⁾ Op. cit.

foro sotto quella denominazione « che - io diceva - era sempre appropriata appunto per quella sua forma alternativa, che rispondeva perfettamente alla doppia eventualità del caso concreto ». A quella doppia eventualità pratica che di fronte alla esplicita ed inconfutabile testimonianza del Gaio Augustodun., ha ormai dovuto ammettere il Lenel e, ammessa la quale, il *vel* anche nella sua contrapposizione agli *aut* non poteva avere più alcun valore per dimostrare la unità di sostanza delle due eccezioni.

Dal momento che anche il Lenel ha rinunciato a questa pretesa unità formale, che io aveva ammessa solo come possibile in omaggio all'autorità di lui, il *vel* si spiega, a mio credere, benissimo senza il menomo sforzo, imperocchè all'uso di quel *vel* in opposizione all'*aut* nel passo di Gaio, che stiamo esaminando, portava naturalmente la sintassi del periodo stesso.

Gaio infatti per darci ad intendere che cosa siano le eccezioni *peremptoriae*, comincia col definircele. Quindi ce ne adduce vari esempi aprendone la serie, com'era naturale, con un *veluti*, che esprime il rapporto di uguaglianza, di identità concettuale. Graficamente un tale rapporto potrebbe esprimersi così: « *except. peremptoriae, o quae etc. (veluti) = (quod motus causa aut dolo malo) [factum est] aut quod (contra legem senatusve consultum factum est), aut quod res (iudicata est vel in iudicium deducta est) ».*

Dove cioè il *veluti* s'intende ripetuto per ogni singola categoria di eccezione, il primo *quod* come soggetto passivo ripetuto per i due casi di *factum est* retto dai due ablativi *causa metus* e *dolo malo*, il secondo *quod* come soggetto passivo di *factum est contra legem senatusve consultum* e finalmente l'ultimo *aut quod res* che si intende ripetuto per il *iudicata est* e il *in iudicium deductae*. Avendosi pertanto gruppi e sottogruppi simili di varie categorie di cose elencate, Gaio è ricorso a quella forma per non ripetere più di una volta per ogni gruppo e sottogruppo ciò che è comune ad ogni singola unità nello stesso gruppo o sottogruppo.

Sicchè se si volesse sopprimere tutte le dette elissi ripetendo ogni volta che ne è il caso le parole che quelle elissi rappresentano il testo di Gaio suonerebbe così: « *except. perempt. sunt veluti quod metus causa gestum est; veluti quod dolo malo factum est, veluti quod contra legem factum est, veluti quod senatus consultum factum*

est, veluti quod res iudicata est, veluti quod res in iudicium deducta est ».

Se ora per rendere più breve il periodo riduciamo, nei riguardi della connessione logica e più specialmente della sintassi, a gruppi o sottogruppi tutte le varie parti del periodo che dipendono da una o più parole comuni, le quali perciò verranno ad essere ripetute solo una volta per tutto il gruppo o sottogruppo, noi avremo che i veluti possono essere ridotti ad un solo, ossia al primo di essi che s'intenderà sottinteso, per tutti i vari gruppi susseguenti. Lo stesso potrà farsi del factum est che col quod, a cui si riferisce, abbraccerà in un sol gruppo tutti i casi di eccezioni basate su un factum Gruppo costituito come da altrettante unità singole:

1° da ciò che fu fatto *per causa* di metus;

3° da ciò che fu fatto *con dolo*;

3° da ciò che fu fatto *contro*: a) la legge; b) il senatoconsulto.

Il secondo gruppo sarà costituito: da quod res est: 1° a) iudicata; b) in iudicium deducta. Dove per ciò il vel di Gaio fa evidentemente la stessa funzione che nel caso precedente del contra legem senatusve consultum.

L'Eisele osservò che: « non si può ammettere che nella formulazione della nostra eccezione sia stata adoperata la parola vel, sia che ci si riferisca alla exceptio inserita nell'Editto, sia che ci si riferisca all'exceptio inserita nel singolo caso nella formula. Imperocchè vel nella lingua ufficiale dei Romani, ossia nel linguaggio del legislatore romano e dei magistrati romani è una parola quasi riprovata (ein nahezu verpöntes Wort) ed in ispecial modo essa non si trova mai nelle formule; invece di essa viene adoperata piuttosto ve alterната anche con aut o sive 1).

Di tale asserto egli dette un'ampia ed erudita dimostrazione, per

1) Loc. cit., pag. 2 segg. W. KALB, *Roms Juristen nach ihrer Sprache dargestellt*. Leipzig, Teubner, 1890 a proposito di Maecianus, pag. 72, osserva: « Ma se vi si trovano 60 *vel* contro 10 *aut* e di questi 10 *aut*, probabilmente 4 (cf. 40, 5, 36) sono da spiegare come riproduzione letterale di un Senatoconsulto, una tale predilezione per *vel* nella metà del secondo secolo tradisce uno stile volgare. Ciò che, come niuno potrebbe negare, corrisponde benissimo alla stessa predilezione che per il *vel* ha Gaio, il cui stile, oltre ad essere piano e disadorno, sa tanto di esposizione orale che insigni romanisti ne indussero che le sostituzioni di lui non fossero che le sue lezioni (Collegienheft). V. KARLOWA, *Röm. Rechtsg.*, I, pag. 723 e seg.

concluderne che se mai la exceptio in questione nell'Editto del pretore avrebbe solo potuto essere formulata con *ve* (exc. r. iud. *inve* in iud. d.) e giammai col *vel* pur costantemente usato in tale concessione da Gaio.

Tale tesi è stata accolta anche dal Lenel (*Ed.* 2, p. 490 in fine e nota 6); il quale ammette che l'exceptio sia stata proposta nella forma: « Si ea res q. d. a. iudicata non est inve iudicium deducta non est ».

Senonchè, l'Eisele fino da allora osservava¹⁾ che anche quando il Lenel avesse ciò ammesso « non per questo ne sarebbe conseguito che vi si fosse trattato di una sola eccezione anzichè di due. È anzi possibilissimo, e per conseguenza, se vi sono in tal senso ragioni di sostanza, è da ammettere senz'altro che anche in questo caso *nella formula del singolo processo* venisse sempre inserita soltanto l'una o l'altra delle due ipotesi, con che appunto sarebbe data la dualità di quelle eccezioni »²⁾.

¹⁾ Loc. cit., pag. 12, II.

²⁾ Contro quest'affermazione a nostro parere conforme a verità e pienamente persuasiva il LENEL, *Edict.* (2. ediz.), pag. 488, ribatte: « Ma se io non fraintendo Gaio accentuando la "necessità", dell'exc. rei iud. e in iud. ded. non vuole significare la necessità di un singolo convenuto il quale a seconda del diverso stato delle cose sarebbe costretto a difendersi per mezzo dell'una o dell'altra eccezione. Il suo pensiero è piuttosto questo: che poichè nei casi adottati l'effetto civile della litis contestatio manca, a difesa contro la ripetuta azione abbia dovuto essere introdotta un'exceptio; egli vuole spiegare e giustificare mediante tale necessità l'esistenza dell'exc. rei iud. e in iud. ded. Ma se, come Eisele opina, il pretore per questo scopo avesse introdotto non una ma due eccezioni diverse, queste, nel concetto di Gaio sarebbero state "necessarie", tutt'e due, e Gaio avrebbe dovuto dire: *et ideo necessariae sunt exceptiones rei iud. et in iud. ded.* Si consideri però inoltre anche il contesto, in cui presso Gaio (III, 181; IV, 106, 107) compare la nostra exceptio. Il giurista c'indica i casi, nei quali ha luogo l'exc. rei iud. e in iud. ded. Se sotto questo nome si nascondessero due eccezioni, egli (Gaio) non avrebbe potuto descrivere il loro campo d'applicazione in un modo, che si adattava ad una sola di esse. Egli avrebbe dovuto dire immancabilmente, che l'exceptio rei iudicatae presupponeva un giudizio, che l'exceptio rei in iud. deductae presupponeva la litis contestatio. Invece di questo egli dice in termini affatto generali ed incisivi, che all'attore si oppone la nostra exceptio, appena egli abbia compiuto la litis contestatio: *si... iudicio egerim, si... iudicio actum fuerit* ».

Secondo noi il pensiero di Gaio è piuttosto questo. Egli si propone innanzi tutto (§ 103) di trattare della distinzione dei *iudicia* (ossia di quella seconda parte del processo [in iudicio] che si svolgeva davanti al iudex e che perciò presupponeva già avvenuta la litis contestatio) in *iudicia quae legitimo iure consistunt* e in *iudicia quae imperio continentur*: tanto è vero che egli con ciò si

Ora ciò è quel dualismo che a riguardo alla sostanza noi avevamo già sostenuto, che nel rapporto della sostanza e della forma è stato pienamente confermato dal Gaio Augustodunense.

In appoggio della sua tesi l'Eisele aveva anche molto opportunamente invocato, contro un qualsiasi valore del *vel* di Gaio, o dell'*inve* del probabile testo dell'Editto per la unicità, il passo della *lex agraria* dell'a. 643, n° 38: «*quae res soluta n[on siet inve iudici]o non siet iudicave non siet*», ove, a parte se si tratti di eccezioni

riferisce a tutto il secondo stadio del processo che ci dice: «*legitima sunt iudicia, quae... sub uno iudice accipiuntur*» e «*imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudices accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris*». Perciò quando subito dopo per spiegarci un'altra delle differenze caratteristiche ci dice che nei iud. imp. cont. non si ha come negli altri la *consumptio actionis ipso iure*, con quell'*actum fuerit* egli intende parlarci del iudicium nel suo complesso non solo cioè astraendo dal distinguere il caso senza distinguere il giudizio seguito da sentenza da quello arrestatosi prima. Ed è appunto perchè egli intende tenere presenti contemporaneamente le due ipotesi, che dice che se nel iudicium sarà stato agito con un iudicio imperio continenti non avendosi potuto avere la *consumptio actionis ipso iure* «*necessaria est*» o l'*exceptio rei iudicatae* o quella rei in iudicium deductae. Le parole *actum fuerit* non possono interpretarsi come vorrebbe il LeneI nel senso di un semplice agere arrestatosi alla litis contestatio in contrapposto all'agere che ha avuto il suo sfogo colla res iudicata. Esse si riferiscono all'inizio stesso, al modo d'impostazione del processo nello stadio in iure, come risulta già dall'uso del futuro anteriore in contrapposto col *necessaria est exceptio*.

Infatti in tale riferimento Gaio persevera anche quando subito appresso ci dà la spiegazione della denominazione di tale forma di procedimento, poichè soggiunge: «*et ideo autem imperio continenti iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is, qui ea praecepit imperium habebit*». Dove le parole: «*qui ea [iudicia]*» ecc. stanno in perfetta correlazione con le precedenti: «*si imperio cont. iud. actum fuerit*». Mentre in queste il procedimento è considerato dal punto di vista delle parti, appunto per arrivare a concluderne che esse per quella tale natura del processo non avranno poi, a seconda del caso, che o l'*exceptio rei iud.* o l'*exc. rei in iud. ded.*, colle parole «*qui ea [iudicia]*» ecc. Gaio prende a considerare quello stesso genere di processi dal punto di vista del magistrato che li istituì (*praecepit*). Ma nell'uno e nell'altro caso sempre nei limiti dell'argomento di cui qui si tratta, ossia della determinazione della varia natura dei iudicia legitima e dei iud. quae imperio continentur e perciò facendo completa astrazione dalla distinzione tra i due diversi momenti del processo.

È inoltre opportuno osservare che per significarci come la necessità di un tale espediente sia caratteristica comune di tutti i iud. imp. cont. Gaio ce ne enumera le diverse ipotesi con *vel si* (sive). Ora perchè mai Gaio nell'antitesi in cui possono trovarsi le varie ipotesi non adoperò *aut*, ma *vel* (si-vel, ossia sive)? Per la ragione che il si in rem, il si in personam, come il si ea formula quae in factum concepta est e il si ea [formula] quae in ius habet intentionem, sono

o di prescrizioni, « è certo che nella formula concreta veniva inserito soltanto o si ea res q. d. a. in iudicio non est, oppure si ea res q. d. a. iudicata non est. Imperocchè quei due stati di fatto si escludono l'un l'altro, nel momento, in cui è res iudicata, e la cosa quindi non può essere più in iudicio. — E citava inoltre l'*interdictum de liberis exhibendis*, 2^a ed.: (qui quaeve... si is eave... — e la rubrica dell'Editto « si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur », osservando che nella formula concreta dovevasi esser detto o *qui*, *is*,

altrettante proposizioni ellittiche tutte rette da quell'unico verbo *actum fuerit*, e ci rappresentano altrettante varianti di una stessa categoria più generale, ossia tutte le varietà passibili dell'ipotesi più generale « si quidem imperio continenti iudicio actum fuerit ».

A questo stesso andamento logico, Gaio si mantiene fedele nell'enumerarci subito appresso la varia specie di eccezione che era « necessaria » nelle ipotesi fatte per supplire al difetto della *consumptio actionis litis contestatione*, costituente quella differenziale tra le due specie di iudicia che era l'obiettivo principale della trattazione. Quindi ai *sive* precedenti fa qui riscontro il famoso *rei*, che pure non avrebbe potuto essere un *aut*, perchè il *iudicatae* e l'*in iudicium deductae* si appoggiano entrambi a quell'unico *rei*, come i precedenti quattro *sive* (vel si) si appoggiavano al *si quidem imperio continenti actum fuerit*.

E quando il LENEL (pag. 438, nota 3) osserva che se fosse vera la nostra opinione Gaio avrebbe dovuto scrivere: *et ideo exceptione opus est aut rei iud. aut rei in iud. ded.*, non può a meno di ripetere il sostantivo *rei*.

Del resto il *sive* e il *vel* nel senso e nella connessione da noi illustrata era di ottima latinità e si trova anche in Cic. *Phil.* 5, 19 e *Top.* 5.

Nè vale opporre col Lenel che Gaio non avrebbe potuto descrivere il campo d'applicazione di due diverse eccezioni in un modo, « che si adattava ad una sola di esse », perchè Gaio (III, § 181) non si propone affatto di trattare la teoria delle eccezioni in generale, della quale parlerà in IV, 115, nè delle due nostre *exceptiones* in particolare. Egli qui (III, 181) ne tratta solo in relazione alla *litis contestatio* come modo di estinzione delle obbligazioni, avvertendo che però (sed) un'ulteriore novazione dello stesso rapporto obbligatorio si avrà se ed in quanto il debitore venga condannato (sed si *condemnatus sit [reus]*, *sublata litis contestatione* incipit ex causa teneri). E subito coerentemente passa ad indicarci il modo come tale diverso effetto novatorio potrà essere fatto valere (*Unde lit. ecc.*), distinguendo i iud. leg. dai iud. imp. cont.

Quando di questi poi viene a trattare ex professo (IV, 103) torna a parlare (§ 103, 107) di « exc. rei iud. vel in iud. ded. », ma non era questo il luogo, di indugiarsi a spiegare i presupposti particolari di ciascuna delle due eccezioni. Ed è per averne parlato prima che più innanzi, ponendo la distinzione delle exc. in *peremptoriae* e *dilatoriae* (IV, 121), tralascia di spiegarci quali siano i requisiti rispettivi della exc. rei iud. e della exc. rei in iud., all'opposto di quello che invece fa a riguardo dell'exc. pacti conventi (per distinguerla da quella pacti conv. dilatoria) e (122) per le due *dilatoriae pacti conventi [temporalis]*, e *litis dividuae* et *rei residuae*.

eum oppure *quae, ea, eam* e non dovevano essersi enumerate le singole leggi e senatoconsulti, ma detto soltanto *contra legem* o soltanto *contra senatus consultum* (con la relativa denominazione od indicazione) ¹⁾.

A questo punto l'Eisele (op. cit. p. 14) si domanda « d'onde proviene il *vel* di Gaius e se questi avesse seguito un modello » E siccome egli stesso ha dimostrato, che la formula nell'Editto doveva essere stata: *exc. r. i. inve iud. d.*, così ne inferisce che modello sia stata la relativa *rubrica* dell'Editto.

Imperocchè, secondo Eisele, come ne farebbero fede molte rubriche dell'editto adrianeo che sarebbero state riprodotte fedelmente in molti titoli del digesto, da lui addotti, in esse il *vel* sarebbe stato usato assai di frequente, all'opposto di quello che egli ha dimostrato a riguardo del testo e delle formule dell'editto stesso dove non si sarebbe avuto mai *vel*, ma solo il *ve*. Antitesi, da spiegarsi col fatto che « le rubriche dell'editto non furono considerate come parti costitutive dell'editto. In questo parla il pretore, le rubriche al contrario sono cosa che riguarda colui che redige l'album del pretore, esse sono per così dire parole del miniator ».

Tale congettura è certamente geniale, ma a noi sembra un po' troppo azzardata. Indubbiamente possibile, anzi probabile ci sembra che nel suo trapassare da un pretore ad un altro, la parte che doveva più a lungo conservare la originale sua forma più o meno classica o semplicemente arcaica, doveva essere quella sostanziale dell'editto, per quella naturale tendenza di conservare la tradizione e le formule antiche che appariscono tanto più autorevoli, quanto più arcaici ne sono la forma ed il linguaggio.

Perciò è verosimilissimo che la lingua usata nelle rubriche dei titoli dell'editto si rimodernasse molto più rapidamente di quella del testo e segnatamente delle singole formule dell'editto stesso.

Tutto ciò però non può avere alcuna importanza per noi, perchè

¹⁾ Il LENEL (1. ed., pag. 406; 2. ed., pag. 492) pone la formula: « si in ea re nihil contra legem (senatus consultum) factum est ». L'EISELE però (op. cit., pag. 13, n. 4) scrive che questa formulazione gli sembra inammissibile, perchè « diese Verwendung von () ist doch wohl modern ». Per noi è senza importanza se su questo punto abbia ragione Eisele o Lenel, dal momento che lo stesso GATO in due luoghi (IV, 121; fr. 3 D. 44, 1) dice: « sive quid in fraudem legis senatusve consulti factum esse dicetur ».

per noi, come del resto per i compilatori, l'*edictum*, quello adrianeo, è quale fu codificato da Salvio Giuliano. Per lo che, se è possibile che questo usasse per le rubriche il linguaggio e lo stile del suo tempo, meno arcaici di quelli usati nelle singole formule dell'editto stesso, non è affatto probabile che trascurasse la redazione delle rubriche dei singoli titoli lasciandone la cura al miniator.

A nostro parere Gaio non seguì nessuno speciale modello, se egli avesse dovuto seguirne uno, perchè mai tra la rubrica dell'editto e la formula contenuta nel testo avrebbe dovuto dare la preferenza alla prima?

Che Gaio non abbia seguito questa è per l'Eisele e pel Lenel provato dal fatto che nell'editto non potesse trovarsi il famoso *vel* ma *inve*.

Ad usare il *vel* Gaio fu portato dall'andamento naturale del periodo e dalla sua tendenza ad usare con facilità di questa parola.

Infatti, se è vero che in tre diversi luoghi (*Inst.* III, 181; IV, 106 e 107) egli usa costantemente l'espressione: «*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*», è pur vero innanzi tutto che a ciò portava già la identità di connessione logica e grammaticale in cui tale menzione veniva fatta, mentre ciò non ostante, il fatto che in § 106 egli dica: «*et ideo necessaria est exceptio rei iudicata vel etc.*», e subito dopo in § 107 dica invece: «*et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel*» ecc., dimostra a mio parere che l'espressione «*exceptio rei iud. vel etc.*», non era, nè in se stessa, nè nella mente di Gaio, nè un modo di esprimersi rigorosamente tecnico, nè la riproduzione di una formula dirò così tutta di getto, ma un modo di designazione che, per essere fatto con quella esattezza e chiarezza che sono tra i requisiti più indispensabili di un libro del genere di quello di Gaio, non poteva che essere uniforme, pur non escludendo che chi ad esso ricorreva potesse solo per cagione di stile cambiare l'ordine delle parole, come ha fatto Gaio ponendo in § 107 tra le parole *exceptio rei, etc.*, le altre *necessaria est* che in § 106 a quelle invece precedevano.

Argomento anche più forte, anzi del tutto decisivo, si ricava dal considerare che lo stesso Gaio poco più avanti, in IV, 121, designa la eccezione o meglio le due eccezioni «*quod res iudicata est vel in iudicium deducta est*», mentre in fr. 3 de *except.* 44, 1, pur facendo

la stessa distinzione delle eccezioni in *peremptoriae* (che qui egli dice *et perpetuae*), torna ad adoperare la forma col genitivo *rei iudicatae* [vel in *iudicium deductae*] ¹⁾.

Ed è pure notevole e significativa la circostanza, che mentre nell'editto la formula sarebbe stata (Lenel, *Ed. loc. cit.*): « si ea res q. d. a. iudicata non est *inve* iud. ded », Gaio avrebbe invece adottato la forma *vel*, mentre in questo stesso luogo nella proposizione immediatamente precedente egli stesso dice: « aut quod contra legem *senatusve* consultum » ecc.

Il Lenel ha inoltre invocato la testimonianza di Thalelaeus in schol. 14 i. f. in Basil. XVII, 2, 3 (suppl. Zachariae, p. 156). Ma quanto poco valga un tale argomento parmi già dimostrato dal fatto che proprio questo scolio citava il P. Krueger ²⁾, in appoggio della duplicità dell'eccezione, ricordando altresì (p. 341) che Gaio 4, 122 riunisce anche l'*exceptio litis dividuae* e l'*exceptio rei residuae* (cui similis *exceptio est litis dividuae et rei residuae*) ³⁾.

Al che potrebbe aggiungersi che pure lo stesso Gaio nel fr. 3 de *except.* 44, 1 dice: « *Exceptiones - perpetuae et peremptoriae sunt, quae - qualis est doli mali et rei iudicatae* [vel *rei in iud. ded.*] et si quid contra legem », ecc., senza che per questo possa neppure lonta-

¹⁾ Così integra LENEI., *Paling* I, Gaius fr. 63 (colonna 191). Ma se è certo che Gaio anche qui avesse fatto menzione anche dell'*exc. rei in iud. ded.* non per questo può dirsi che anche qui, ossia in questo fr. tolto dal suo *Ad edict. provinciale*, l. I, avesse usato quella stessa forma *vel* che anche il Lenel ritiene non editale. Perché ad es. non avrebbe potuto dire *inve* od anco *et*?

²⁾ *Krit. Vierteljschrift* (München, 1890), XXXII, pag. 321.

³⁾ Osserva opportunamente l'EISELE: « Un argomento molto più forte che nel modo di esprimersi di Gaio, 4, 121, sembra a prima vista aversi nel fatto che Gaio negli altri tre passi nei quali parla delle nostre eccezioni, adopera sempre il singolare *exceptio*, e senza dubbio Lenel ha inteso di dire questo, quando egli in *Ed. perp.* (1. ediz.), pag. 404, dice che Gaio parla soltanto di *una exceptio*, che egli annuncia come *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*. Nella 6. ediz. delle *Fontes* però, a quanto sembra, anche quest'argomento è stato abbandonato, probabilmente in riguardo alla *exceptio rei residuae et litis dividuae*, in Gaio, 4, 122, che Krüger ha molto opportunamente addotta nella sopra citata sua recensione. A questo proposito vogliamo anche far notare quanto significativo e calzante sia il fatto che Gaio una volta dice: *exc. rei iud. vel in iud. ded.*, un'altra volta *exc. rei residuae et litis dividuae*. Le eccezioni prima nominate tendono al medesimo scopo e il convenuto ha da usare l'una o l'altra, le ultime al contrario tendono a scopi diversi ».

namente supporre che quel qualis al singolare e quel doli mali et rei iudicatae possano essere interpretate nel senso di una sola eccezione.

Di niun valore ci sembra l'argomento di Lenel, che Gaio parli di queste eccezioni al singolare. Sia perchè nella enumerazione di più unità come appartenenti ad una stessa categoria, il nome che indica questa si può, nelle circostanze in cui l'ha fatto Gaio, mettere benissimo al singolare, essendo sottinteso per tutte le unità successive; sia perchè Gaio stesso in luoghi anche vicinissimi a quelli in questione usa, ed a quanto pare con una certa predilezione, un tale sistema.

Così ad es., dopo aver detto che « In his quoque actionibus quae [non] in personam sunt exceptiones locum habent. veluti si metu me coegeris aut dolo induxeris, ut tibi rem aliquam mancipio darem », soggiunge « nam si eam rem a me petas, *datur mihi exceptio, per quam*, si metus causa te fecisse vel dolo malo arguero, repelleris ».

Il Lenel (*Ed.* II ed. p. 489) invoca anche « il contenuto dei commentari. Imperocchè chi scorre questi con attenzione, e specialmente chi scorre quelli di Ulpiano, deve riconoscere che è inutile andare in cerca di frammenti di commentari all'exc. r. in iud. d. andati perduti, ma che piuttosto i giuristi hanno anche commentato come una l'exceptio che Gaio ci tramanda come *una* ».

Ma a tale argomento è facile rispondere: poichè l'exceptio rei in iud. d. non doveva comparire affatto nel Digesto, era inevitabile che i compilatori cancellassero ogni traccia sia col non introdurre i testi esclusivamente riferibili all'exc. in questione, sia coll'adattare all'exc. r. iud. gli altri, il quale adattamento era abbastanza agevole, dati gli elementi comuni alle due eccezioni.

Tuttavia il Lenel crede di poter dimostrare che Ulpiano nei suoi commentari considerò l'exc. r. iud. vel in i. d. come un'unica exceptio sulla base di fr. 9 pr. h. t.

Ulpianus, l. LXXV *ad ed.*: « Si a te hereditatem petam, cum nihil possideres, deinde, ubi coeperis aliquid possidere hereditatem petam, an noceat exceptio ista? ». « Si vede - osserva a questo punto il Lenel, op. cit. p. 490 - che qui si parla soltanto di un avvenuto petere, ossia della litis contestatio, della deductio in iudicium ». Ma il giureconsulto prosegue: « Et putem, sive fuit iudicatum hereditatem meam esse sive adversarius, quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere

exceptionem». «Non appare qui evidente, che il fatto del giudizio - ribattè il Lenel - non ha per effetto alcun cambiamento nella exceptio competente, che l'exceptio resta sempre la medesima ista exceptio, di cui tratta l'intero commentario?»

Se noi consideriamo il fr come parte di un sistema legislativo che non conosce più affatto la exc. rei in iud. d., dobbiamo necessariamente ammettere che già erasi avuto un giudicato. Laonde, se l'exceptio ista è precisamente l'exceptio rei iudicatae, vuol dire che quel «si a te hereditatem petam, etc., come in genere in ogni altro caso simile, il petere o l'agere si devono necessariamente interpretare nel senso che essi abbiano per risultato una sentenza.

È difatti incontestabile che il rispondere «et putem *sive fuit iudicatum* hereditatem meam esse, *sive adversarius*, quia nihil possidebat *absolutus sit*» implica necessariamente che una sentenza erasi avuta, chè altrimenti la risposta non sarebbe congrua.

Ben altra è l'interpretazione che deve darsi del fr. come parte del commentario di Ulpiano al titolo dell'editto 'de exceptione rei iudicatae vel in iudicium deductae'.

Già l'*ista* del «an noceat exceptio ista» appare un po' strana, dacchè e in questo titolo e negli altri che prendono nome da una exceptio indicata nella rubrica, quando non si designa l'eccezione di cui si tratta coll'intera denominazione che le è propria, o si dice soltanto exceptio, è perchè questa non può essere che quella di cui il titolo discorre, o tutt'al più *haec* exceptio. Come ce ne offrono l'esempio, oltre che moltissimi dei ffr. del nostro titolo, anche fr 1 pr. § 1-3 e 5 de exc. rei venditae et traditae 21, 3.

E se inoltre si considera che nel fr. in esame quell'exceptio *ista* s'incontra senza che prima nè in questo stesso fr., nè pure in quello che immediatamente vi precede si trovi la indicazione «exc. rei iudicatae», mentre anzi il fr. precedente usa soltanto, del resto secondo il consueto, la semplice indicazione exceptio, non si può fare a meno di pensare che quell'«ista» nel testo originario di Ulpiano stesse (forse come correlativo di un precedente *haec* o di un successivo *illa*) ad indicare che qui si trattava di una, e segnatamente dell'ultima nominata tra due eccezioni, delle quali era stata tenuta parola in precedenza e che queste due eccezioni fossero precisamente l'exceptio rei in iudicium deductae e l'exc. rei iudicatae.

Ad una mutilazione fu dunque molto probabilmente sottoposto il testo di Ulpiano. Esso apparteneva al l. LXXV *ad edictum* e secondo lo stesso Lenel (*Paling.* vol. II, pag. 858, n. 1667) al tit. *de except. rei iud. vel in iud. ded.*

È evidente che anche menando buona la teoria della Einheit dell'exceptio, non si può ammettere che Ulpiano nel suo commentario abbia trascurato di trattare dell'ipotesi in cui, essendosi avuta la litis contestatio, ossia la rei in iudicium deductio, senza che però si fosse avuto la sentenza, si aveva per ciò stesso una exceptio che seppure (secondo che sostiene il Lenel) era chiamata nell'editto del pretore e nella formula da esso concessa nel caso concreto exc. rei iudicatae inve iud. deductae, in realtà non poteva essere che una exc. rei in iud. ded.

Ulpiano dovè dunque parlare per codesta exceptio di quel minimum che è necessario per aversi l'exc. rei in iud. d. e per contrapposto di quel massimo, che si ha quando oltre ad una precedente rei in iudicium deductio, si era avuta anche la res iudicata.

Ed è pure probabilissimo che nella trattazione parallela di questi due casi estremi, fosse da riferire al primo di essi, ossia a quello in cui era avvenuta la semplice rei in iud. deductio e che era per le cose già dette il più importante e il più tipico, la questione « Si a te hereditatem petam - deinde - hereditatem petam an noceat exceptio ista? ». Dove l'*ista* sarebbe stata l'exceptio rei in iud. deductae, correlativo antitetico di un *illa* che sarebbe stata l'exceptio rei iudicatae.

Non c'è autorità di romanista che valga a persuaderci potersi escludere con certezza che tra quell'*ista* e ciò che sussegue all'« et putem », non abbia potuto esserci qualche cosa, una transizione che ci spieghi la non perfetta congruenza della risposta. Questa transizione potrebbe benissimo essere stata una risposta, sia pur breve ma perfettamente in armonia colla domanda, ossia il non nocere exceptionem istam, a cui avrebbe potuto benissimo susseguire la posizione di una questione analoga press'a poco negli stessi termini della precedente colla variante che la res oltre ad essere stata in iudicium deducta era stata anche iudicata. I compilatori soppressero tutto ciò, perchè sarebbe apparsa la esistenza anco della exc. rei in iud. ded. come exc. per se stante e distinta dall'altra. Le parole:

« Si a te hereditatem petam an noceat exceptio ista? » che nel testo originario di Ulpiano esprimevano l'ipotesi della semplice deductio in iudicium, non contenendo nulla che contraddicesse all'ipotesi della intervenuta sentenza, collocate nel digesto, divenivano senz'altro riferibili al caso della res iudicata e della relativa eccezione. Rimaneva solo la incongruenza tra la ipotesi fatta senza presupporci la sentenza e la risposta, che invece, prendeva per punto di partenza e come dato del problema l'intervento del giudicato.

Ma non era questo tale inconveniente da far rinunciare i compilatori ad una mutilazione qual'era quella da noi supposta e d'altronde per le dette ragioni più necessaria. Non mancano neppure fr., nei quali la distinzione tra il caso della semplice deductio e quello in cui è anche intervenuto il giudicato è rimasta intatta.

Uno è il fr. 15 D. . . Gaius, l. XXX *ad edictum provinciale*: « Si inter me et te controversia de hereditate sit et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego: nihil vetat et me a te et invicem te a me hereditatem petere quod si post rem iudicatam a me petere coeperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronuntiatum sit an contra: si meam esse, nocebit tibi rei iudicatae exceptio, quia eo ipso quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse: si vero meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intellegitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua ».

Come ne avverte la inscriptio esso appartiene al l. XXX *ad ed. prov.* di Gaio, dove questi ¹⁾ tratta de exceptione rei iudicatae vel in iudicium deductae.

Che nella prima delle due ipotesi considerate da Gaio si tratti di res soltanto deducta in iudicium e non ancora giudicata ci è provato con evidenza dalle parole « si inter me et te controversia sit » soprattutto per l'antitesi con le altre « quod si post rem iudicatam » etc. le quali più chiaramente non potrebbero significarci che l'ipotesi prima trattata considerava il caso *ante* rem iudicatam.

Ma siccome Gaio considerava le due ipotesi a proposito dell'exc. rei in iud. deductae e dell'exc. rei iudicatae ed a quest'ultima si riferiva la seconda delle dette ipotesi (quod si post rem iudicatam) ne consegue evidentemente che la prima ipotesi era fatta in rapporto

1) LENEL, *Paling.* vol. I, colonna 235, n. 374.

all'*exc. rei in iudicium deductae*. Egli non dice, infatti, che l'*actio* di me contro di te e quella di te verso di me debbano supporre promosse contemporaneamente, non dice cioè che si tratti di uno di quei casi di *mutuae petitiones*, delle quali si fa menzione ad es. in fr. 1 § 15 D. 50, 13, ma si esprime in termini affatto generali e perciò necessariamente comprendenti anche il caso in cui il petere te a me avvenga quando si era già avuta rei in iudicium deductio, ossia lit. cont. del precedente me petere a te, e decide con perfetta ragione che nihil vetat un tal petere, in risposta alla domanda, se ad un tale agire non fosse d'ostacolo l'*exc. rei in iud. d.*

Senonchè anche ammesso che Gaio abbia contemplato un caso di *mutua petitio*, in cui cioè avendo io agito colla *petitio d'eredità* contro di te tu agisci reconvenzionalmente nello stesso senso contro di me prima che io avessi dedotto la *res in iudicium* contro di te, l'argomento in favore della nostra tesi rimarrebbe il medesimo. Imperocchè anche in tale ipotesi noi avremmo che Gaio sotto la rubrica de *exc. rei iudicatae* vel in iud. deductae avrebbe esaminato un caso in cui mentre prima del giudicato non si sarebbe potuta avere l'*exceptio rei in iudicium ded.*, nè a fortiori quella *rei iudicatae*, dopo avvenuto il giudizio invece l'*ex. rei iud.* si sarebbe potuto avere o non avere a seconda del vario esito del giudizio stesso. Si avrebbe dunque un caso, tutt'altro che raro, in cui non si potrebbe mai parlare di *exceptio rei iudicatae* vel in iud. deductae, ma soltanto, e s'intende dopo il giudizio e sotto quei tali presupposti, di *exc. rei iudicatae*. Gaio insomma espressamente ci avrebbe dato l'esempio tutt'altro che infrequente di *exc. rei iudicatae* per così dire isolata, enucleata, a cui non avrebbesi potuto dare in alcun modo, nè egli infatti avrebbe neppure dato il nome di *exc. rei iud.* vel in iud. ded., ma soltanto di pura e semplice *exc. rei iudic.* Lo stesso Lenel nella sua *Paling.* non accenna affatto ad integrare quella designazione del fr. « *nocebit tibi exc. rei iudicatae* » collo aggiungervi, come fa altrove ¹⁾, il solito « *vel in iudicium deductae* » che pure secondo la sua tesi avrebbe dovuto trovarvisi.

Un altro testo di grande forza probatoria ci sembra inoltre il § 123 IV di Gaio, *Inst.*: « *Observandum est autem cui dilatoria obii-*

¹⁾ Ad es. in fr. 3 de except. 44, 1, dello stesso GAIO, l. I ad *ed. provinciale*: *Paling.* vol. I, col. 191, n. 63, nota 1.

citur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re (eam) evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta ».

Il passo è di una chiarezza degna di Gaio. Esso dice « doversi però avvertire a colui cui sta contro un'eccezione dilatoria, di differire l'esperimento dell'azione; altrimenti se avrà agito nonostante che gli sia stata opposta l'eccezione, perderà irremissibilmente la causa; imperocchè avvenuta la deductio rei in iudicium (re in iudicium deducta) e la relativa perenzione per effetto dell'exceptio (cioè di quella qualsiasi tale exceptio dilatoria del caso in ipotesi) ad esso non resta potestà di agire neppure dopo quel tempo in cui egli avrebbe potuto fare ciò re integra, ossia neppure dopo decorso il termine della durata dell'eccezione dilatoria.

Ma in tal caso e tutte le volte che si tratti di uno di quei processi che per essere iudicia imperio continentia o per altra ragione non producono la consumptio actionis litis contestatione ipso iure, quale mai potrebbe essere il mezzo dato al convenuto per respingere l'azione, se non l'exc. rei in iud. d.?

Non risulta ciò ad evidenza dallo stesso raffronto fatto da Gaio tra quel: non enim post illud tempus, quo integra re (eam) evitare poterat e l'adhuc ei potestas agendi superest *re in iudicium deducta*? Non equivale questo a dire che in quanto possa occorrere in tal caso si avrà l'exc rei in iudicium deductae?

Se l'exceptio fosse stata la rei iudicatae vel in iudicium deductae Gaio non avrebbe mancato di avvertircene, non foss'altro per prevenire i dubbi che inevitabilmente dovevano presentarsi nel considerare che per far valere una perenzione d'istanza per una res soltanto deducta si dovesse fare ricorso ad un'exceptio così complessa e che nel caso concreto sarebbe andata tanto al di là del segno da comprendere anche il caso del giudicato.

Riaffermata così e, se non c'inganniamo, dimostrata così ad evidenza la duplicità delle eccezioni, resta a spiegare soltanto perchè mai Gaio, dica sempre exc. rei iudicatae vel in iudicium deductae anzichè, come sarebbe assai più logico ed ovvio, exceptio rei in iudicium deductae vel iudicatae.

Secondo il Lenel sarebbe soltanto da spiegarsi, perchè nei casi

in cui facevasi appello alla l. contestatio, l'exceptio facesse menzione anche del giudizio. A nostro parere, invece, ciò che ha specialmente bisogno di essere spiegato è quella tale inversione d'ordine nelle due parti della formula usata costantemente da Gaio, e per la quale è posta prima l'exc. rei iud. e poi quella. Inversione che diviene tanto più strana se si considera, come dice il Lenel, che l'exceptio in ogni caso tendeva sempre e soltanto a far valere l'effetto della litiscontestatio, la rei in iudicium deductio, mentre il richiamo al giudizio sarebbe stato soltanto una specie di paracadute per qualche caso eccezionale.

L'ordine inverso sarebbe stato più naturale e più consono non solo all'andamento del processo, ma anche, secondo lo stesso Lenel, alla maggiore importanza della deductio in iud. in confronto a quella del giudicato.

A questo proposito giova ricordare il passo della *lex agraria* dell'anno 643 n. 38: « quae res soluta n[on siet inve iudici]o non siet iudicatave non siet ».

Esso costituisce a nostro credere un validissimo argomento per ritenere che anche il pretore nel suo editto avesse seguito lo stesso ordine « exceptio rei in iud. deductae reive iudicatae ».

Lo stesso Lenel (pag. cit. e n. 3), richiamando la *lex agraria* (l. 33) « quae res soluta n[on siet inve iudici]o non siet iudicatave non siet », e Cicerone, *de orat* I, 37, § 168, ov'è cenno di una exceptio « quod ea res in iudicium ante non venisset », riconosce come nei testi si trovi fatta menzione di un'exceptio rei in iudicium deductae isolata, non preceduta nè seguita dal vel rei (o reive) iudicatae, e ammette come il passo della *Lex agraria* faccia credere che il pretore potesse almeno qualche volta avere usato nella formulazione non l'ordine seguito da Gaio, ma quello che noi abbiamo detto essere il più razionale ed ovvio. Ma se si ammette ciò, si toglie alla formula exc. rei iudic. vel in iud. ded. quella sua fissità e quella certa sua sacralità tradizionale, che sono pur necessarie per sostenere che quell'espressione significasse una eccezione sola, sempre uguale a se stessa nella formulazione, come nel fondamento, nello scopo e nella funzione.

L'ordine seguito dal pretore fu, a nostro avviso, quello della legge agraria. E ciò riteniamo non solo sulla testimonianza di questa,

ma in base anche a quella « del sempre bene informato »¹⁾, Taleleo schol. 14 i. f. in Basil. XVII, 2, 3 (suppl. Zachariae, pag. 156): « ἀντίκειται δὲ αὐτῷ ἡ rei in iουδαϊσμοῦ deductae ἢ rei iudicatae παραγραφή ». Queste parole se non fanno prova per la tesi dell'unità dell'eccezione²⁾, valgono però a provare che nell'editto, od almeno nella tradizione giuridica dei bizantini, l'ordine di formulazione fosse quello da noi sostenuto. Ora perchè Gaio nei quattro luoghi surriferiti seguì l'ordine inverso?

La spiegazione è abbastanza ovvia e persuasiva. Ammesso infatti che le eccezioni siano state due diverse e distinte, apparisce molto naturale che Gaio nel farne menzione le enumerasse in quell'ordine che meglio corrispondeva al contesto in cui tale enumerazione avveniva.

Ora il contesto in cui Gaio parla di *exc. rei iud. vel in iud. deductae* presenta solo una volta una piccola variante. Infatti in III, 181; IV, 106 e IV, 107 egli ci dice sempre la stessa cosa, ossia che nell'imperio continentale iudicio a differenza di quello che avveniva nel legittimo iudicio se una volta *actum fuerit*, non per questo l'azione resta consumpta, ma *nihilo minus ipso iure de eadem re agi potest* e perciò necessaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae, come pure è necessaria (§ 107) si legitimo iure non in personam ea formula quae iuris civilis habet intentionem, ma vel in rem vel in factum actum fuerit.

Qui Gaio evidentemente usa *actum fuerit* nel suo significato più comprensivo, perchè intende trattare del caso che il processo abbia già avuto luogo una volta, sia che esso siasi arrestato dopo la *litis contestatio*, sia che esso abbia avuto il suo pieno sfogo nel giudicato ed a queste due diverse ipotesi alternativamente sintetizzate nel si *actum sit* o *fuerit* corrisponde pure in modo alternativo, ma in forma esplicita la indicazione delle due diverse eccezioni.

E siccome, specialmente al tempo di Gaio doveva essere più che mai vero che « nella enorme maggioranza dei casi un processo de *eadem re* veniva tentato solo quando il primo aveva avuto già il suo sfogo nel giudizio », così Gaio, che col suo libro si dirigeva ai principianti, era portato a mettere in prima linea il caso della cosa giu-

¹⁾ LENEL, *Ed.* pag. cit.

²⁾ V. sopra pag. cit.

dicata e perchè, « il buon senso naturale portava ad attribuire il maggior peso alla circostanza dell'avvenuto giudizio ». Nel quarto luogo (IV, § 121) Gaio menziona le due eccezioni per addurle con altre come esempi caratteristici di eccezioni peremptoriae, onde è facile già il comprendere come anche sotto questo aspetto, del resto nella sostanza punto diverso da quello or ora contemplato, la premienza e la conseguente precedenza di collocazione dell'*exc. rei iudicatae* sull'*exc. rei in iud. deductae* apparisca pienamente giustificata.

In quest'ultimo testo abbiamo però solo una certa variante nella formulazione inquantochè, cioè, Gaio invece della solita « *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* », evidentemente solo per non cambiare andatura al periodo, usa l'altra [*exceptio*] *quod res iudicata est vel in iudicium deducta est* ». Differenza come vedesi di semplice formulazione, ma anche per se stessa eloquente a dimostrare che l'altra formulazione usata più volte da Gaio non era nè autentica, editale, nè per lo stesso Gaio invariabile.

Con piena convinzione noi riteniamo adunque che nella dizione *exceptio rei iudicatae vel in iud. deductae* siano fattura di Gaio l'ordine per così dire inverso, in cui qui le due eccezioni vengono enunciate, e molto probabilmente anche quello stretto ravvicinamento tra esse con quel famoso *vel*, che in ogni caso non meritava tutta la discussione dotta e pur così feconda di ammaestramenti, che vi hanno fatto sopra romanisti di primissimo ordine, quali l'Eisele ed il Lenel.

È certamente più che probabile che il pretore trattasse delle due eccezioni in questione nello stesso capo dell'editto, è pure possibile che in ciò fare egli le avesse unite anche in una stessa rubrica, ma è pure verosimile che in tale ipotesi la congiunzione sia stata non disgiuntiva, ma copulativa, ossia che la rubrica abbia detto non già *de exceptione rei iudicatae vel in iudicium deductae*, ma *de exceptione rei in iudicium deductae et rei iudicatae*, precisamente come lo stesso pretore, a testimonianza anche del Lenel, avrebbe fatto intitolando altri capitoli del suo editto, nei quali pure si trattava di due differenti eccezioni: *de exceptione* (Gaio, IV, 122) *litis dividuae et residuae*; e *de exceptione doli mali et metus*, come ne fa fede anche la rubrica del corrispondente titolo (4 l. 44) del Digesto.

Siena, aprile del 1908.

CARLO MANENTI.

RAPPORTI GIURIDICI CONDIZIONALI

E LEGGE FALCIDIA

1. Che i giureconsulti classici disputassero circa l'applicazione della legge Falcidia ai rapporti condizionali e ad altri consimili, risulta manifesto da più luoghi delle Fonti ¹⁾. Non è facile però determinare la parte assunta nella quistione dai vari giureconsulti che vi accennano; e non è senza difficoltà il deciderla in confronto del diritto giustiniano, quando si voglia tener conto di tutti i luoghi delle Fonti che la riguardano. Come vedremo, la quistione si è agitata fino ad una certa epoca soltanto; cioè fino ai grandi scrittori dell'impero di Adriano. Il loro avviso concorde (dico proprio de' maggiori) l'aveva decisa; e i giureconsulti del III secolo vi accennavano, a titolo, più che altro, di ricordo erudito. Essa si è, in certo modo, riaccesa nel V secolo, in seguito alla legge delle citazioni; perchè Gaio si era pronunziato contrario all'opinio communis. L'accoglimento quindi nelle Pandette, sia del passo di Gaio relativo, sia di un passo del più antico Aburnio Valente, contrario esso pure all'opinio communis, e anche certa citazione del parere di Nerazio, conforme a quello di Valente e di Gaio, sono riusciti fatali all'armonia delle Fonti che interessano la nostra quistione. Talvolta infatti i Giustiniani hanno espresso che è indifferente accogliere l'una o l'altra opinione; ma solo in rapporto a certa ipotesi determinata. Altre volte invece si sono pronunziati decisamente; e ora per una, ora per un'altra delle due opposte opinioni. Alcune di codeste decisioni appartengono all'istituto della

¹⁾ Cfr. particolarmente fr. 45 § 1; fr. 73 § 1 e segg. D. ad l. Falcidiam 35. 2. I luoghi delle fonti che interessano il nostro tema appartengono tutti al titolo del Dig. ad l. Falcidiam e in piccola parte a quello che gli tien dietro.

schiavitù. Potendo trascurarle, come si faceva sotto l'impero del diritto comune, riuscirebbe più agevole velare l'incertezza delle rimanenti; ma toglierla del tutto non è possibile.

2. Cominciamo dai legati condizionali.

Si tratta di un legato (o fedecomesso) condizionale; tale magari, che verificandosi la condizione, lederebbe la Quarta. Oppure, si tratta di due legati, uno puro e semplice e un altro sub condizione; tali magari, che verificandosi la condizione, verrebbe lesa la Quarta. Si domanda come deve comportarsi l'erede, o di fronte al legatario condizionale unico, o di fronte ai due legatari; nel caso particolarmente, in cui al verificarsi della condizione può esservi lesione della Quarta.

Il quesito che ci siamo proposti ha ricevuto nel diritto classico due soluzioni diverse²⁾: una che computa sempre il legato condizionale per il suo valore venale pendente condizione e un'altra che, in via provvisoria e a seconda dei casi, o non tien conto del legato, o non tien conto della condizione fino a tanto che non è risolta. La prima, che le Fonti fanno risalire a Proculo³⁾, non pare abbia trovato fautori dopo Gaio. La seconda invece è stata accolta dai giureconsulti di maggiore autorità nel II e nel III secolo; cioè prima da Giuliano, Celso e Pomponio e poi, senza tener conto di Cecilio Africano, da Marcello, Papiniano, Ulpiano e Paolo. Che essa sia proprio dovuta ad uno od altro dei tre grandi giureconsulti del II secolo, non oserei affermare. Mi sembra però indizio della sua origine relativamente recente il vedere accolta quella opposta di Proculo da giureconsulti Sabiniani; prima, sul cominciare del II secolo, da Aburnio Valente e poi, verso la metà del detto secolo, da Gaio. In ogni modo, noi la indicheremo come opinione di Giuliano; sia perchè, anche a non tener conto degli accenni del suo scolare Africano, nessuno apparisce averla dichiarata più compiutamente di Giuliano; sia perchè di lui ha fatto

²⁾ Diverso, per il numero delle opinioni e in generale per la determinazione di esse, ROSSHIRT, *Lehre v. den Vermächtnissen*, I, pag. 544-545. Cfr. nota 60 seg. di questo scritto.

³⁾ Fr. 45 pr. D. h. t. (Paolo): « In his legatis, quae sub condicione relicta sunt, Proculus putabat, cum quaeritur de lege Falcidia, tantum esse in legato, quanti venire possunt: quod si est, et deductio (scilicet aeris alieni) sic potest fieri ut tantum videatur deberi, quanti nomen venire potest. Sed haec sententia non probatur: cautionibus ergo melius res temperabitur ». Cfr. nota 11 seg.

espresso richiamo esponendo il nostro punto qualche giureconsulto posteriore⁴).

Secondo Proculo, in tutti i casi accennati, il computo del legato condizionale si fa, in giudizio e fuori, valutandolo pendente condicione al momento della morte del *de cuius*; e in base a tale valutazione si riduce, se occorre, tanto il legato medesimo, quanto il legato non condizionale concorrente. E questo si paga subito; l'altro, al verificarsi della condizione; senza che il legatario puro e semplice sia tenuto a quella cauzione, così detta *cautio quanto amplius*, di cui si occupa il tit. dei Dig. *si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur* 35. 3. L'erede, per conseguenza, lucra o rimette la differenza tra il valore del legato pendente condicione e il valore del legato a condizione risolta, secondo che la condizione viene a verificarsi o a mancare⁵). Come si sa, avviene proprio così nella valutazione dei beni che fanno parte dell'eredità al momento della morte del *de cuius*; particolarmente dei beni corporali, le cui successive variazioni di prezzo, in più o in meno (perfino la deteriorazione e la estinzione) lasciano inalterata la prima determinazione della Quarta⁶). E senza dubbio l'opinione di Proculo ha pregio di semplicità e di speditezza, per quanto neppure dietro di essa si arrivi sempre ad un calcolo immediatamente definitivo della Quarta⁷).

3. Secondo Giuliano invece, nei casi accennati, la pendenza della condizione impedisce di tener conto del legato in modo definitivo. La stima di un rapporto condizionale ha un carattere così incerto, che, potendo, si deve evitarla; e trattandosi della Falcidia, ciò è abbastanza semplice. Se il legato condizionale è unico, basta che l'erede aspetti a pagarlo che la condizione si risolva, prestando intanto la *cautio*

⁴) Che ad un'applicazione dell'opinione Proculeiana accenni Marcello nel fr. 55 D. h. t. (ROSSHIRT, l. c. pag. 556; FERRINI, *Teoria generale dei legati* pag. 483 alle note 3-4) non mi pare probabile. Cfr. nota 12 seg.

⁵) Cfr. diverso FERRINI, o. c. pag. 474, note 2-3. Per altre ipotesi, anche più improbabili, ved. ROSSHIRT, l. c. pag. 544-545.

⁶) Cfr. § 2 Inst. h. t. 2. 22; fr. 30 pr. § 2-4 D. h. t.: WINDSCHEID, *Pand.* § 652, n. 6. Ved. nota 35 seg.

⁷) Tutto fa credere che Proculo adottasse lo stesso criterio nel caso di legato di prestazione vitalizia, usufrutto, credito verso debitore di dubbia solvenza ecc. (cfr. note 32-36 sgg.). Probabilmente, egli ricorreva alla *cautio quanto amplius* (a parte il caso del pupillo: fr. 31 D. h. t.) soltanto nel caso in cui fosse incerta l'esistenza dei beni ereditari: cfr. fr. 1 § 11 D. *si cui plus* 35. 3.

legatorum⁸⁾. Lo stesso, se il legato condizionale concorre con uno puro e semplice e i due legati son tali, che anche verificandosi la condizione, non si ha lesione della Quarta. Qualche difficoltà presenta soltanto il caso di concorso di un legato condizionale con uno puro e semplice, quando col verificarsi della condizione vi è lesione della Quarta⁹⁾. Ma anche qui, come nel caso in cui è incerta l'esistenza dei beni ereditari, si può benissimo ammettere una od altra sistemazione provvisoria; dal momento che esistono apposite cauzioni, per mezzo delle quali rimangono tutelati gli interessi delle parti e dal momento che è sempre in loro facoltà, mediante accordi speciali, di stabilire una sistemazione definitiva, se questa sembri loro più conveniente. Secondo dunque Giuliano, se si prescinde dal caso che intervenga uno speciale accordo delle parti, o la riduzione del legato puro e semplice rimane sospesa¹⁰⁾ fino al verificarsi della condizione, o la si eseguisce in via provvisoria¹¹⁾; e in modo, rispettivamente, da esservi luogo, o alla cautio quanto amplius, o alla cautio legatorum. L'applicazione dell'uno o dell'altro temperamento dipende dal legatario puro

⁸⁾ Cfr. fr. 3 § 3 D. si cui plus 35. 3 di Ulpiano (*Nam si conditio in mora est, expectabimus conditionem, quoad existat*).

⁹⁾ È a questo caso che si riferiscono particolarmente i seguaci dell'opinione di Giuliano: fr. 31 D. h. t. di Pomponio (*cum... legis Falcidiae causa pendebit*); fr. 53 D. h. t. (*Si... pendet legis Falcidiae ratio*); fr. 1 § 7 D. si cui plus 35. 3 di Ulpiano (cfr. nota 17 e seg.). Ad esso però si accenna anche da seguaci dell'opinione di Proculo: fr. 73 § 2 D. h. t. di Gaio (*ut existente condicione lex Falcidia locum habeat*).

¹⁰⁾ Così si esprimono, di solito, i moderni (p. es. WINDSCHEID, I. c. nota 30, MAYNZ, *Cours* III § 425 n. 33) senza tener conto del secondo modo di sistemazione provvisoria di cui alla nota 11 e seg.; e soprattutto senza avvertire i rapporti del caso presente (legato condizionale) con quelli di cui è discorso da noi nei §§ 5-7 e seg. (debito o credito condizionale ecc.).

¹¹⁾ Per il duplice temperamento espresso nel testo, cfr. il fr. 73 § 1 D. h. t. (*ut duorum alterum fiat, aut ecc.*); del quale fr. ci occuperemo nel § 8 e seg. Anche il fr. 45 § 1 D. h. t., riferito alla nota 3, vi accenna; perchè le cauzioni di cui è detto in f. non possono essere che quelle due, da noi indicate nel testo. È probabile che le parole del fr. cit. *cautionibus ergo melius res temperabitur* siano interpolate (PERNICE, *Labeo*, II. 2, pag. 292; RICCOBONO, *Destinazione del padre di famiglia*: estratto pag. 20 n. 1); ma l'interpolazione ha soltanto carattere formale. Paolo cioè, esprimeva anche i motivi del rigetto dell'opinione Procleiana; perchè quella da lui seguita differisce, non tanto, per le cauzioni, quanto per il modo provvisorio in cui tiene o non tiene conto del legato condizionale. E i Giustiniani hanno tagliato corto, richiamando senz'altro le cauzioni; ossia richiamando ciò che è accessorio, consequenziale, del temperamento adottato da Giuliano.

e semplice. Se costui è pronto a prestare la cautio quanto amplius, potrà esigere il pagamento del legato intero o ottenere intiera la cosa legata; salvo a restituire il di più, quando la condizione si verifichi. A questa ipotesi, che è l'ipotesi normale, si riferiscono i seguenti passi:

fr. 1 § 12 D. h. t. (Paolo): « Interdum omnimodo necessarium est solidum solvi legatario interposita stipulatione quanto amplius, quam per legem Falcidiam ceperit, reddi: veluti... Idem dicitur et si principali testamento quaedam sub condicione legata sunt, quae an debeantur incertum est. Et ideo, si heres sine iudice solvere paratus sit (scilic. ¹²) *ea quae certum est deberi*), prospiciet sibi per hanc stipulationem ».

fr. 1 § 16 D. h. t. (Paolo): « Si in annos singulos (adde ¹³): *sub condicione*) legatum sit Titio, quia multa legata et condicionalia sunt. cautioni locus est quae in edicto proponitur quanto amplius accipit reddi »:

fr. 31 D. h. t. (Pomponio): « Is cui fideicommissum solvitur sicut is cui legatum est satisfacere debet, quod amplius ceperit, quam per legem Falcidiam ei licuerit, reddi: veluti cum propter condicionem aliorum fideicommissorum vel legatorum legis Falcidiae causa pendebit » etc.:

¹²) Cfr. fr. 1 § 7 in pr. D. 35. 3 riferito più sotto nel testo.

¹³) Il fr. riguardava un legato *condizionale* di prestazione periodica a termine incerto (vitalizia, fino alla maggiore età o simile); altrimenti, il giureconsulto non avrebbe potuto dire che si tratta di un complesso di legati, tutti condizionali (cfr. fr. 4, fr. 11 D. de annuis 33. 1; fr. 10 D. quando dies 36. 2). Ciò non esclude (cfr. WINDSCHEID, l. c. nota 35) che si dia cauzione anche nel caso di legato non condizionale di dette prestazioni periodiche, oppure di usufrutto. Allora però bisogna aspettare che il pagamento delle prestazioni giunga ad un punto, da esservi lesione della Quarta; e quindi, fatta una valutazione del legato in base alla sua probabile durata, si riducono, in quanto occorre, le prestazioni stesse, comprese quelle già pagate. Così è detto da Ulpiano nel fr. 47 pr. D. h. t. Stando al fr. 55 D. h. t. di Marcello, parrebbe che la valutazione del legato in base alla sua probabile durata si facesse subito; ma è verisimile (POTHIER, *Pand.* 35, 2 n. 78, n. 4) che il giureconsulto si riferisse al caso più semplice, quello in cui già alla prima prestazione vi è lesione della Quarta. Né Ulpiano, né Marcello, fanno cenno delle cauzioni; ma, come risulta da altri luoghi (cfr., per Marcello § 6 seg.) non può esser dubbio che le ammettessero; ossia, che anche nel caso accennato la valutazione probabile del legato abbia carattere provvisorio. È questo un altro punto di differenza tra l'opinione di Giuliano e quella di Proculo. È inutile dire che anche per l'opinione di Giuliano il legato non condizionale di prestazione divisa in più rate non dà luogo a cauzioni. Occorre soltanto, quando sia certa la violazione della Quarta, procedere alla stima del legato e sulla base di essa stabilirne la riduzione necessaria: fr. 3 § 2 D. si cui plus 35. 3; cfr. fr. 32 § 3 D. h. t.

fr. 70 D. h. t. (Ulpiano): « Falcidiae stipulatio¹⁴⁾ statim committitur, ubi condicio legati ... extitit »:

fr. 1 § 7 in pr. e § 8 D. si cui plus D. 35. 3 (Ulpiano): « Si legata quaedam praesenti die relicta sint, quaedam sub condicione, interponenda erit ista stipulatio (scilic. *quanto amplius*) propter legata condicionalia, dummodo ea legata, quae praesenti sint, integra solvantur... Idem Iulianus scribit cum, cui quadrans sub condicione et dodrans pure legatus est, cavere debere quanto amplius, quam per legem Falcidiam liceat ceperit, reddi »¹⁵⁾

Se poi il legatario puro e semplice non si trova in grado di prestare la cautio quanto amplius¹⁶⁾, allora si farà la riduzione sopra il legato di lui, come se la condizione apposta all'altro legato si fosse già verificata; perchè la prestazione della cautio costituisce condizione a ricevere il pagamento integrale del legato puro e semplice. In tal senso si esprimono Ulpiano e Giuliano sulla fine del fr. 1 § 7 D. 35. 3, che è stato in parte riferito più sopra:

« Iulianus denique scribit, si pure et sub condicione legata *ita data* fuerint *ut*¹⁷⁾ existente condicione lex Falcidiae locum habeat, non aliter legatorum, quae pure data sunt, actionem dari debere, quam si cautum fuerit heredi *reddi*¹⁸⁾ quanto amplius, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperit ».

Vuol dire allora che, mancando la condizione, il legatario puro e semplice riceverà un supplemento di legato¹⁹⁾; per il quale potrà chiedere e ottenere dall'erede la cautio legatorum. E a questa ipotesi eccezionale si riferisce il fr. 53 D. h. t.²⁰⁾:

¹⁴⁾ Cfr. per questa espressione, fr. § 1 D. si cui plus 35. 3.

¹⁵⁾ Nel fr. 1 § 8 D. h. t. si tratta evidentemente di oggetti determinati, alcuni dei quali, oggetto di un legato puro e semplice, equivalgono al dodrante; e altri oggetto di legato condizionale, equivalgono al quadrante.

¹⁶⁾ Il fr. 5 D. si cui plus 35. 3 contempla lo stesso caso, ma fuori di concorso.

¹⁷⁾ La Fl. ha « si pure et sub condicione legata fuerint *ne* existente condicione », ecc. Il Mommsen corregge « si pure et sub condicione legata fuerint *data et heres timuerit* ne existente condicione » ecc. Per la correzione proposta nel testo, cfr. i passi cit. alla nota 9.

¹⁸⁾ MENEZ in Mommsen: cfr. § 8 in f. dello stesso frammento.

¹⁹⁾ Cfr. i casi analoghi, esposti nei §§ 6 7 di questo scritto.

²⁰⁾ Cfr. POTHIER, *Pand.* 35. 3, n. 1. — La correzione *tamen tota*, proposta dal Governo e respinta dai più (SCHULTING, *Notae ad Pand.* ad h. l.), non ha alcun fondamento. Può solo far meraviglia che Celso si sia trovato d'accordo con Giuliano nel dissentire da Proculo. Ma d'accordo con Giuliano non è anche Marcello?

* Celsus, libro XVII *dig.*: « Si propter ea, quae sub condicione legata sunt, pendet legis Falcidiae ratio, praesenti die data non tota vindicabuntur ».

4. Una singolare complicazione si presenta, in confronto dell'opinione di Giuliano, quando oggetto del legato condizionale è un bene naturalmente o civilmente fruttifero. I frutti percepiti, riscossi (o che si dovevano percepire, riscuotere) nel frattempo che corre dalla morte del *de cuius* al verificarsi della condizione, scemano il valore del legato sub condizione in confronto di quello puro e semplice; perchè, anche per la riduzione dei legati, come per il calcolo della Quarta, bisogna riferirsi al momento della morte del *de cuius*²¹). Chi lega, per esempio, dieci sotto condizione lega meno che facendo oggetto di legato puro e semplice gli stessi dieci²²). Di qui la conseguenza che, anche se due legati concorrenti (uno sub condizione e l'altro puro e semplice) sono della stessa somma, quel tanto che, dietro l'opinione di Giuliano, occorra ridurli al verificarsi della condizione, dovrà disegualmente repartirsi fra i due legatari. Supponiamo che i due legati fossero ciascuno di 100; che il patrimonio netto fosse il doppio del valore nominale di ciascun legato, cioè 200, avendosi per conseguenza una Quarta di 50; e che la condizione si sia verificata, quando i 100, legati sub condizione e non pagati dall'erede, gli avevano dato 25 di frutto. In tal caso il valore relativo dei due legati nel momento a cui si deve riportarsi per operare la riduzione è rispettivamente di 100 e di 75, nonostante che a condizione verificata anche il legatario condizionale abbia diritto a 100. Dovendo perciò i due legati essere diminuiti in complesso di 50 onde rendere libera la Quarta (anch'essa di 50), codesta somma andrà repartita nel rapporto di 4 a 3, che è il rapporto di 100 a 75²³). E così era detto nel fr. 88 § 3 D. h. t.:

²¹) Cfr. p. es. MAYNZ, *Cours*, § 425, n. 50.

²²) Cfr. fr. 66 pr. D. h. t. (Ulpiano); e anche il fr. 3 § 3 D. si cui plus 35. 3 (Ulpiano). In modo analogo, il legato di cosa fruttifera con un termine primordiale vale meno del legato puro e semplice della stessa cosa: cfr. fr. 45 pr. (Paolo) fr. 66 pr. (Ulpiano); fr. 73 § 4 (Gaio) D. h. t. Nel principio generale espresso nel testo convenivano anche i seguaci dell'opinione di Proculo; ma non vi era ragione che essi distinguessero particolarmente il caso, perchè, secondo loro, la valutazione si fa subito in base ai frutti che è probabile siano percepiti, riscossi; non in base a quelli che risultano effettivamente percepiti, riscossi.

²³) Ciò è quanto dire che ritardando più oltre il verificarsi della condizione, è possibile che il valore relativo dei due legati, riportato al noto momento, venga

Africanus, libro V *quaestionum*: « Qui ducenta in bonis relinquebat, legavit mihi centum presenti die, tibi aequae centum sub condicione: post aliquantum temporis extitit condicio, ita tamen ut redditu eius summae, quae tibi relicta est non amplius quam viginti quinque (heres) reciperet. Legis Falcidiae ratio ita habenda erit heredi ut *quingenta* [*viginti quinque*] conferre ei debeamus [*et amplius fructus quingenta medii temporis, qui verbi gratia efficient quinque*²⁴]. Cum igitur *quingenta* [*triginta*] sunt conferenda quidam putant *viginti quinque* [*quina dena*] ab utroque nostrum conferenda esse, quod minime verum est: licet enim eandem quantitatem acceperimus, manifestum tamen est aliquanto uberius esse meum legatum. Quare statuendum erit tanto minus in tuo legato esse, quantum ex fructibus eius heres perceperit. Secundum quod in proposita specie computationem ita iniri oportet, ut ex septem partibus ego quattuor, tu tres conferamus, quoniam quidem quarta pars amplius in meo quam in tuo legato est ».

La sostituzione di *viginti quinque* a *quingenta* e le altre alterazioni sopra notate sono dovute ai Compilatori; i quali, per certo motivo che vedremo, hanno voluto comprendere²⁵) nella Quarta i

a trovarsi nel rapporto di 1 a 0; ossia, che tutta la riduzione debba essere sopportata dal legatario puro e semplice.

²⁴) Già questo calcolo rivela la fretta dei Compilatori; giacché, anche a farlo approssimativo nell'intento di evitare le frazioni, si doveva sempre calcolare dieci o dodici, dietro la proporzione dei 25 avuti di frutto dalla somma di 100.

²⁵) Nel senso dei Giustiniani si esprimono, di solito, gli scrittori (WINDSCHEID, l. c. note 31-32; VANGEROW, *Pand.* § 536 ABH. IV. 2 in f. e i ctt. ibid.; FERRINI o. c. pag. 489, pag. 508 ecc.); i quali poi sono costretti a rimproverare ad Africano (cfr. WINDSCHEID, FERRINI, l. c.) un errore di calcolo. (L' interpolazione delle parole *Secundum quod - legato est*, indicata dal DE MEDIO, *Note*, p. 30, non può avere che importanza formale. Ma è da ritenere che, sostanzialmente almeno, codeste parole siano genuine). Dovendo infatti imputare i frutti del legato nella Quarta e far conto dei frutti della medesima per una somma di cinque, il rapporto numerico dei due legati non è più di 4 a 3, ma di 5 a 4; ossia (riferendosi, s'intende, al momento della morte del de cuius) il legato puro e semplice vale 100 e quello condizionale vale 100 meno i frutti; cioè 80, perchè dalla somma di 25 si devono sottrarre 5, frutto della Quarta. Quale fosse invece l'opinione di Africano intorno ai frutti di una cosa legata sub condicione, quando con pericolo della Quarta concorre un altro legato puro e semplice, risulta dal fr. 36 § 4 in f. D. h. t., a proposito del caso analogo di un legato condizionale di libertà: « Caecilio placebat, si quid ex operis eius medio tempore consecutus fuerit heres, id in pretium eius erogare eum debere propter legis Falcidiae rationem ». I frutti en-

frutti percepiti, riscossi dall'erede, che, dietro i principî generali della materia, non dovrebbero esservi compresi²⁶⁾. E tale eccezione si vede pure insinuata nei due frammenti seguenti:

fr. 15 § 6 D. h. t. (Papiniano): «Fructus praediorum [*sub condicione*] verbis fideicommissi relictorum in causam fideicommissi non deductos heres in ratione Falcidia[*sic*] accepto facere sibi non cogitur ut quartam [*et quartae fructus ex die mortis*] bonorum, quae mortis tempore fuerunt, habeat. Nec ad rem pertinet, quando Falcidia lex admissa sit: nam etsi maxime post impletam condicionem fideicommissorum locum habere coepit, tamen ex die mortis fructus [*quadrantis*] apud heredem relinqui necesse est »²⁷⁾.

fr. 24 §§ 1, 2 D. h. t. (Paolo): «Idem respondit, partus ancillarum ante diem fideicommissi editos ad heredes eius, qui rogatus est pertinere eosque in quartam [*et quartae fructus*] non computandos, si de lege Falcidia quaestio intercedat. Idem respondit, fructus [*ex propria re heredis quae LEGATA est*] post diem fideicommissi cedentem perceptos, etsi non sint restituendi fideicommissario, heredi in quartam imputari non solere »²⁸⁾.

A mio avviso, i Giustiniani hanno esteso ai legati (e fedecommissi a titolo singolare) condizionali o a termine un principio, che

trano a determinare il prezzo del servo al momento a cui deve essere riportato il calcolo della Quarta, non già a formare la Quarta e i suoi frutti.

²⁶⁾ fr. 30; fr. 73 pr. D. h. t.; § 2 Inst. h. t. Cfr. p. es. VANGEROW, *Pand.* § 536 Anm. IV. 2; FERRINI, o. c. pag. 107.

²⁷⁾ L'interpolazione della parola *quadrantis* sulla fine del frammento mi pare risulti dal 'andamento del discorso; il quale, rivolto in principio anche ai frutti del fondo oggetto di fedecommissio, prende in ultimo di mira, e non si sa perchè, esclusivamente i frutti del quadrante. L'aver poi riferito il primo periodo del frammento ai fedecommissi *sub condicione* toglie ogni efficacia all'osservazione finale, che nel testo genuino riguardava appunto codesti fedecommissi.

²⁸⁾ Paolo aveva osservato nel § 2 che anche i frutti percepiti dopo la scadenza del termine da una cosa lasciata per un fedecommissio sub die, sebbene non siano da restituire (in quanto il fedecommissario non abbia ancora richiesto il fedecommissio: VANGEROW, *Pand.* § 536 Anm. IV 2 a) non vengono compresi nella Quarta. L'aggiunta delle parole «*ex propria re heredis quae legata est*» è un espediente per trarre il passo (il quale, si noti, trattava di fedecommissio) al nuovo principio introdotto dai Giustiniani. Si afferma (FERRINI, o. c. pag. 509) esservi qui un'eccezione, dovuta alla circostanza che il fedecommissio ha per oggetto una cosa dell'erede. Così infatti risulta ora; ma in verità, trattandosi di cosa dell'erede, il discorso è inutile, perchè siamo del tutto fuori dei termini, in cui si può far quistione della Falcidia.

la giurisprudenza classica ammetteva soltanto nei fedecommissi a titolo universale²⁹). E qui la cosa è diversa. Trattandosi di restituire ex fidecommissa hereditate, ogni profitto del fiduciario derivante da un indugio alla restituzione imposto dal de cuius, apparisce compenso alla restituzione stessa; ossia, risulta compreso nella Quarta proprio per volontà del de cuius³⁰). Così appunto si esprime il fr. 23 § 2 D. ad SC. Trebellianum 36. 1:

Ulpianus, libro V *disputationum*: «Si heres post multum temporis restituat, cum praesenti die fidecommissum sit, deducta quarta restituet: fructus enim qui percepti sunt negligentia petentis, non iudicio defuncti percepti videntur. Alia causa est, si sub condicione vel in diem rogatus fuerit: tunc enim quod percipitur summovet Falcidiam, si tantum fuerit, quantum quarta facit et quartae fructus: nam fructus, qui medio tempore percepti sunt, ex iudicio testantis percepti videntur».

Nessuno però vorrà affermare lo stesso (e non risulta infatti che alcuno l'abbia affermato) a riguardo di un legato o fedecommissario a titolo singolare: ciò che significa trattarsi di una di quelle presunzioni di legge, verso le quali i Giustiniani hanno una ben nota predilezione³¹).

²⁹) fr. 18 § 1 D. h. t.; fr. 23 § 2; fr. 60 § 5 D. ad SC. Trebellianum 36. 1. Cfr. FERRINI, o. c. pag. 511; VANGEROW, l. c.

³⁰) Tale è il significato dell'espressione *ex iudicio testantis, defuncti*, che occorre nel fr. 23 § 2 D. ad SC. Trebellianum 36. 1 (riferito nel testo) e nel fr. 74 D. h. t. Come si sa, non ogni elargizione che il testatore faccia a compenso o integrazione della Quarta può esser compresa nella Quarta stessa: il fr. 56 § 5 D. h. t., che nella parte finale dice il contrario, è interpolato (MANCALEONI, *Computatio mutuor. leg.* pag. 8). Bisogna che la elargizione sia a titolo ereditario (*ture hereditario*), e a questo titolo appunto vengono acquistati i frutti nel caso di cui nel testo (WINDSCHEID, l. c. nota 20).

³¹) Cfr. FERRINI, *Pand.* § 194; § 63. Non ammetterei col nostro BRINI, *Rendiconti della R. Accademia di Bologna*, 1906-907, pag. 46 e segg. che le presunzioni di premorienza, attribuite dal Ferrini a Giustiniano, si abbiano a riguardare come classiche *regulae iuris*. All'affermazione del Ferrini che, trattando il fr. 9 § 2 D. 34. 5 di effettiva commorienza, le parole *hoc enim reverentia patronatus dicimus* esprimono un motivo fuori dell'argomento, il Brini obietta che *fuori del preconcelto* d'interpolazione, le parole *reverentia patronatus suggerente* significano una deviazione da una regola altrimenti applicabile. Dovrebbero infatti significarla. Ma, poichè siamo nei termini della regola, il richiamo è insulso; tale quindi da far sorgere il sospetto d'interpolazione. E il complesso delle osservazioni addotte dal Ferrini conferma il sospetto; pur non tenendo conto che altre

5. Veniamo alle obbligazioni condizionali; e in primo luogo ai debiti, poichè ad essi più particolarmente si riferiscono le Fonti.

Nei casi di cui ci occupiamo, qualunque sia il trattamento che s'intende fare ai legati condizionali, bisogna di conseguenza applicarlo ai debiti condizionali, compresi nel patrimonio ereditario³²⁾. Supponiamo, per esempio³³⁾, che si abbia insieme un legato puro e semplice e un debito condizionale; tali, che, verificandosi la condizione del debito, il legato lederebbe la Quarta. Secondo Proculo, il debito si computa per il suo valore venale pendente condizione, operando, se occorre, la riduzione immediata del legato, senza che vi sia luogo a cauzioni; e intendendosi che l'erede, secondo che la condizione viene a mancare o a verificarsi, guadagnerà o perderà la differenza tra il valore del debito a condizione pendente e il valore del medesimo a condizione mancata o verificata. Secondo invece Giuliano, il debito si considera come inesistente fino a che la condizione non si è verificata; e intanto il legato si paga per intero, se l'onorato è pronto a prestare la cautio quanto amplius. Se poi il legatario non può o non vuole prestare la cautio, il debito si considera come puro e semplice: e pur tenendone sospeso il pagamento, si riduce il legato per quanto è necessario a formare la Quarta; salvo a completarlo

espressioni analoghe a quella di cui si tratta appariscono interpolate o sospette d'interpolazione. La presunzione poi di premorienza relativa al figlio impubere (fr. 9 § 4 in f. D. 34. 5) si rivela de' Giustiniani, non solo per gli indizi formali avvertiti dal Gradenwitz e confermati dal Ferrini; ma anche per le ragioni che nel diritto classico il padre non può succedere al figlio impubere. Nè vale richiamare il caso che il padre abbia istituito erede con sostituzione il figlio impubere; perchè, data la loro commorienza, anche questo caso rientra nella regola generale. Resta soltanto la presunzione di premorienza relativa al figlio impubere; rispetto alla quale, l'osservazione che dal fr. 9 § 1 D. 34. 5 risulta trattarsi nel diritto classico di una disposizione eccezionale (FERRINI, l. c. pag. 288), mi pare abbia pieno valore, già per le cose accennate in precedenza. Anche qui però gli indizi d'interpolazione sovrabbondano (FERRINI, l. c. pag. 289); e non scemano, io credo, per l'osservazione del BRINI, l. c. pag. 43 che la parola *necare* nel senso di perire, (la quale, secondo il Ferrini, è propria della decadenza e non del linguaggio Gaiano) potrebbe essere attinta al linguaggio volgare o comune dell'epoca di Gaio. Il possibile non regge di fronte al reale; beninteso, se si vuole rimanere fuori di qualunque preconcetto.

³²⁾ La connessione dei due casi è già espressa da Paolo nel fr. 45 pr. D. h. t., riferito alla nota 3: «quod si est, et deductio (scilicet *aeris alieni*) sic fieri potest» ecc.

³³⁾ Cfr. sopra alla nota 9.

quando la condizione del debito venga a mancare. Il temperamento, concernente l'ipotesi subordinata che l'onorato non presti la cautio, risulta da quanto si è detto nel § 3 intorno ai legati condizionali e, come vedremo, è confermato da una interpolazione, che, sebbene non riproduca intiero il pensiero Giuliano, lo lascia tuttavia intravedere. L'altro, concernente l'ipotesi normale, risulta, oltre che dal già detto intorno ai legati condizionali, da un frammento poc' anzi citato, nel quale si decidono insieme e nello stesso senso i due casi, di cui ci siamo fin qui occupati:

fr. 70 D. h. t. (Ulpiano): « Falcidia stipulatio statim committitur, ubi condicio legati vel debiti extitit ».

6. Rimane a dire dei crediti. E anche qui supponiamo che il credito sub condizione sia tale, che mancando la condizione occorra ridurre il legato o i legati imposti dal de cuius. Come risolvesse il caso Proculo, è inutile ripetere. A termini dell'opinione di Giuliano, il credito sub condizione si riguarda come inesistente e si opera la riduzione del legato; salvo a dare un supplemento al legatario, quando la condizione si verifichi³⁴). Al che accenna il fr. 56 pr. § 1 D. h. t.:

Marcellus, libro XXII, *dig*: « Cum quo de peculio agi poterat, heres creditori extitit: quaeris, cuius temporis peculium computari oporteat in Falcidia lege... mortis tempore in ratione legis Falcidia ineunda placuit observari: quod enim interest peculium servi post mortem creditoris deminutum sit an debitor pauperior factus sit? Aliquis dicet: quid ex contrario, si ante aditam hereditatem adquisierit servus? et ego quaeram, si debitoris, qui tunc non erat solvendo. ampliatae facultates fuerunt? et cum in isto placuerit ex post facto uberiores fuisse hereditatem, sicuti cum condicio crediti extitit post mortem, ita etiam peculii incrementum plenior faciet hereditatem ».

Le parole *et cum in isto placuerit ex post facto uberiores fuisse hereditatem, sicuti cum condicio crediti extitit post mortem* mostrano

³⁴) Come si vede, l'applicazione dello stesso temperamento, (quello cioè di non tener conto provvisoriamente del rapporto condizionale) conduce qui a conseguenze giuridiche diverse. Nel caso di debiti condizionali, l'erede è esposto a dare di più; viceversa, in quello di crediti condizionali, il legatario è esposto a ricevere di meno.

che i seguaci dell'opinione di Giuliano applicavano ai crediti di dubbia esazione⁸⁵⁾ il temperamento stesso, da esso applicato ai crediti condizionali⁸⁶⁾. Ciò è confermato da un fr. di Ulpiano, nel quale sono parificati, in rapporto alla cautio quanto amplius di cui si occupa il titolo relativo, i debiti (ereditari), pei quali pende giudizio, ai debiti condizionali:

fr. 1 § 4 D. si cui plus 35. 3 (Ulpiano): «Et si quidem evidens aes alienum est vel certum, facilis est computatio: si autem adhuc incertum est, quia forte vel condicio eius pendet vel creditor litem

⁸⁵⁾ Che i crediti d'incerta esazione non si computino per la cifra nominale, *ma alla stregua del trattamento dei crediti condizionali*, è detto anche dal FERRINI, o. c. pag. 474. S'intende, che se il credito non si presenta in principio d'incerta esazione, sarà valutato senz'altro per il suo valore nominale e la successiva insolvenza del debitore andrà a carico dell'erede: fr. 30 pr. D. h. t.: *in ratione legis Falcidia... debitorum facta peiora nomina... heredi pereunt*. Cfr. nota 6 precedente.

⁸⁶⁾ Che alcuni dei seguaci dell'opinione di Giuliano (Paolo, per esempio) e Giuliano stesso trattassero i crediti ex naturali obligatione come quelli civili sub condizione è ammesso (FERRINI, o. c. pag. 476; ROSSHIRT, l. c. pag. 544 alla n. 4) sul fondamento del fr. 1 § 17 D. h. t. di Ulpiano. Paolo riferisce essere opinione di Giuliano che i detti crediti aumentino o non aumentino il patrimonio *ex eventu*, cioè secondo che sono stati o non sono stati riscossi; e a seconda di tale eventualità, comprendersi o no nella restituzione fedecommissaria dell'eredità: «Id, quod natura hereditati deoetur et peti quidem non potest, solum vero non repetitur, non esse computandum in hereditate quidam putant. Sed Iulianus et haec ex eventu augere patrimonium aut non augere existimat et hereditario iure id quoque capi ideoque et in restitutionem hereditatis venturum». Non par verosimile che Giuliano e Paolo (cfr. n. 38 e sg.) intendessero soltanto di affermare che quanto si può ottenere da un credito naturale si acquista iure hereditario e vien compreso nella restituzione ereditaria; escludendo però che di esso si possa tener conto fin da principio come di un incertum e valersi delle cauzioni. Sembra invece verosimile che di tale opinione fossero coloro (*quidam*), i quali ritenevano che i crediti naturali non si computassero nell'eredità; vale a dire, che non si computassero, finché non erano pagati; come un bene ereditario di cui soltanto allora si fosse avuta notizia. L'espressione *et haec ex eventu augere patrimonium* del cit. fr. 1 § 17 D. h. t. è analoga a quella, di cui si vale Marcello nel cit. fr. 56 § 1 D. h. t. per i crediti (civili) d'incerta esazione o condizionali (*et cum in isto placuerit ex post facto ubiorem fuisse hereditatem, sicut cum condicio crediti extitit post mortem*): ed è eguale a quella, di cui si vale Paolo nel fr. 22 § 3 D. h. t. a riguardo di un credito d'incerta esazione (*licet nomen hoc non augeat hereditatem nisi ex eventu*). E d'altra parte non si può ritenere che i *quidam* di cui ci parla il cit. fr. 1 § 17 D. h. t. (probabilmente seguaci anch'essi, quanto alla sostanza, dell'opinione di Giuliano) considerassero la riscossione di un credito naturale come un provento estrinseco all'eredità.

contestatus est et necdum lis finita est, dubitabitur³⁷⁾, quantum legatariis debeatur propter incertum ».

Quando perciò noi leggiamo nel fr. 82 D. h. t. che lo stesso Ulpiano, prima a proposito di un credito d'incerta esazione, e poi a proposito di un legato di credito d'incerta esazione, avrebbe fatto ricorso al temperamento Proculeiano, è da ritenere si tratti di interpolazioni; perchè, anche per il secondo dei casi accennati, non può indurre differenza la circostanza che il credito sia stato fatto oggetto di un legato³⁸⁾:

Ulpianus, libro VIII *disputationum*: « Quaerebatur, cum is qui solum in nomine quadringenta in bonis habebat ipsi debitori liberationem, Seio autem quadringenta legaverit, si debitor vel solvendo non sit vel centum facere possit, quantum quisque habeat interventu legis Falcidiae. Dicebam legem Falcidiam ex eo quod refici ex hereditate potest quartam heredi tribuere, residuum dodrantem inter legatarios distribuere. Quare cum nomen minus solvendo est in hereditate, eius quod exigi potest pro rata fit distributio [*residui venditio facienda est ut id demum in hereditate computetur quanti nomen distrahi potest*]. Sed quum debitori liberatio relinquitur, ipse sibi solvendo videtur et quod ad se attinet, dives est: quippe si ei mortis causa accepto feratur id quod debet, quadringenta cepisse videbitur, licet nihil facere possit: sensisse enim liberationem plenam videtur, quamvis nihil facere possit. Si soli ei liberatio relicta est, et ideo Falcidia interveniente trecenta accepto illi ferre debent, residua centum durabunt in obligationem et si quidem facere posse coeperit, exigentur

³⁷⁾ Cfr. fr. 1 pr. D. eod.: « Si cui plus quam licuerit legetur et dubitari iuste possit, utrum lex Falcidia locum habitura est nec ne, subvenit praetor heredi, ut ei legatarius satisfaciat » ecc.

³⁸⁾ Cfr. note 12 e 36 precedenti. Meraviglia che quelli scrittori, i quali ammettono che i crediti, sia d'incerta esazione, sia ex naturali obligatione si devono trattare come i crediti condizionali ricorrendo alle cauzioni (FERRINI, ROSSHIRT, ecc.), non si accorgano che il temperamento stesso va per ragione di logica applicato al legato di crediti d'incerta esazione; e che il valutare in quest'ultimo caso il legato *pel prezzo, al quale può essere acquistato il credito* (FERRINI, o. c. pag. 482) è un cambiare di criterio, ossia un ricorrere al temperamento opposto dei seguaci di Proculo. Anzi, tanto più singolare, perchè Paolo nel fr. 22 § 3 D. h. t. adopera a riguardo del legato di credito d'incerta esazione la stessa espressione (cfr. n. 36 che egli adopera a riguardo dei crediti ex naturali obligatione).

ab eo dumtaxat usque ad centum..... Cum igitur debitor sibi solvendo sit, eveniet, ut si herede aliquo instituto ipsi debitori liberatio et alii quadringenta legata sint, si quidem solvendo sit debitor, centum quinquaginta legatario praestentur, heres centum habeat: sin vero centum tantum facere possit, heredi ex reffecto quarta servanda est. Sic fiet, ut centum, quae praestari possunt, in quatuor partes dividantur, tres partes ferant legatarii, heres viginti quinque habeat, debitor, qui solvendo non est, secum centum quinquaginta compenset [*de residuis centum quinquaginta quae exigere non possunt venditio fiet nominis idque quasi solum in bonis fuerit repraesentabitur*]. Quod si nihil facere debitor potest, aequè in centum quinquaginta accepto liberandus est: de residuo venditionem nominis faciendam Neratius ait, quod *non probatur* [*et nos probamus*].».

Evidentemente, Ulpiano parlando del contenuto generale della legge Falcidia e facendone applicazione al caso di un credito d'incerta esazione (*Dicebam legem Falcidiam... quare... pro rata fit distributio*) aveva soltanto affermato che nell'eredità si calcola ciò che dal credito si può ricavare. Egli non intendeva con ciò di pregiudicare il trattamento ulteriore del credito, fosse o no possibile in principio un pagamento parziale di esso. Anche Paolo nel fr. 63 § 1 D. h. t. ha detto, in generale, *cuius debitor solvendo non est tantum habet in bonis quantum exigere potest*: e nel fr. 22 § 3 D. h. t. il medesimo giureconsulto, parlando appunto dei crediti d'incerta esazione, ha detto: *licet nomen hoc non augeat hereditatem, nisi ex eventu*. Le quali affermazioni sono ben diverse da quelle di coloro che si riferiscono al valore venale, o in riguardo all'intero credito, o in riguardo a ciò che si avanza dopo un pagamento parziale ottenuto al primo momento. Che Ulpiano non intendesse punto riferirsi al valore venale del credito, neppure nel caso cui accenna l'interpolazione *de residuis centum-repraesentatur*, che il credito fosse fatto oggetto di legato a vantaggio del debitore parzialmente insolvente, apparisce dal primo accenno che egli aveva fatto del caso: *residua centum durabunt in obligationem et si quidem facere possit coeperit, exigentur ab eo dumtaxat usque ad centum*. Se non che Ulpiano sulla fine del fr. riferiva e disapprovava il contrario avviso di Nerazio, conforme manifestamente a quello di Proculo: «de residuo venditionem nominis

faciendam Neratius ait quod *non probatur* »³⁹⁾. Il parere di Nerazio è invece piaciuto ai Compilatori, i quali, come si è visto, l'hanno per ben due volte insinuato nell'esposizione di Ulpiano. L'espressione aulica (o come la chiama il Bonfante, maiestatica) *et nos probamus*⁴⁰⁾ conferma l'intervento dei Giustiniani nell'argomento: e noi vedremo fra poco che i medesimi hanno anche altre volte richiamato e fatto proprio il temperamento Proculeiano.

7. Un caso al tutto speciale è quello di un legato condizionale, sottratto per privilegio alla Falcidia; supponendo anche qui che esso concorra con un altro legato puro e semplice (non privilegiato), il quale, ove si verificasse la condizione, dovrebbe essere ridotto per salvare la Quarta.

Prendiamo, ad esempio, quello di libertà⁴¹⁾, il quale nella pratica romana era forse il legato privilegiato che occorreva più di frequente⁴²⁾. In conseguenza del privilegio accennato, se un servo viene liberato ex testamento, il suo valore si sottrae *come un debito*⁴³⁾

³⁹⁾ Cfr. fr. 45 § 1 D. h. t. riferito alla n. 3 preced. (*sed haec sententia non probatur*).

⁴⁰⁾ Cfr. PAMPALONI, *Contributi alla determinazione degli emblemi nelle Pandette*, Arch. giur. vol. 55 pag. 510 e n. 22 in f. Qui avevo ritenuto che l'interpolazione *nos probamus* del fr. 82 D. h. t. fosse soltanto formale e non stesse in rapporto con la precedente esposizione.

⁴¹⁾ Cfr. MAYNZ, *Cours*, § 425, n. 57 e i fr. ivi citt., fr. 33-36 D. h. t. Dai quali risulta che il privilegio è stato introdotto da un Senatoconsulto (SCHRADER, *Comm. in Inst.* 2. 22, v. *pretia serv. manumiss.*), che forse letteralmente si riferiva al servo del de cuius. La giurisprudenza poi (fr. 36, § 2 D. h. t.) lo avrebbe esteso al caso di un servo altrui (dell'erede o di un terzo).

⁴²⁾ Spiegherei così la circostanza che le Fonti si riferiscono più specialmente a questo caso nel determinare le regole generali del calcolo della Falcidia: § 3, Inst. h. t. 2. 22 (*Cum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante deductur res alienum, item funeris impensu et pretia servorum manumissorum, tunc deinde*, etc.). Ved. anche il principio di cui alla nota seguente.

⁴³⁾ fr. 36, § 2; fr. 39 D. h. t.; cfr. anche fr. 1, § 11; fr. 37, § 1 D. eod.; § 3, Inst. h. t. 2. 22. Che la stessa disposizione si applichi a tutti i legati sottratti per privilegio alla Falcidia (legato di cose d'uso personale della moglie; legato a scopo pio, legato militare) a me non par dubbio, sebbene le Fonti si esprimano soltanto rispetto al legato militare (cfr. particolarmente fr. 18 pr. D. de testam. mil. 29. 1 e il calcolo corrispondente del fr. 17 D. h. t.). Certo, la stessa disposizione non si applica ai legati sottratti alla Falcidia per la loro speciale natura (legato di debito, della dote, della legittima) o che ne sono esentati da un atto del de cuius; i quali devono far carico esclusivamente agli altri legati non esentati. Cfr. in senso parzialmente diverso ed opposto, WINDSCHEID, l. c. nota 24, DERNBURG, *Pand.* ivi cit.

dall'attivo dell'eredità, quante volte per il concorso di altri legati non privilegiati vi sia questione intorno alla Falcidia; in modo che il peso del legato di libertà viene a repartirsi proporzionalmente fra l'erede e gli altri legatari. Le fonti esprimono, per lo più, il principio della deduzione del valore del servo manomesso dall'attivo ereditario in modo generale, così da comprendere anche il caso che il servo appartenga al testatore; e anzi talvolta richiamando esempi ⁴⁴⁾, che non possono riferirsi che a quest'ultimo caso. E il principio è esattissimo anche in rapporto ad esso; perchè s'intende bene che il servo del *de cuius*, computato nel passivo, verrà computato anche nell'attivo. Allora però è chiaro che in realtà il valore del servo del *de cuius* risulta soltanto escluso dal computo dell'eredità; non si ha cioè, in quel caso, un'effettiva imputazione nel passivo, ma addirittura una esclusione dall'attivo di una cosa che vi avrebbe figurato, se non fosse intervenuto il legato, o se questo non fosse privilegiato. Ciò ha notevole importanza circa al modo in cui può essere considerato e trattato il caso, quando la libertà viene lasciata sub condizione. Se allora il servo appartiene all'erede o ad un terzo, il caso è analogo a quello di un debito condizionale. Se invece il servo appartiene al *de cuius*, il caso è analogo ⁴⁵⁾ a quello di un credito condizionale, perchè al mancare della condizione l'attivo ereditario aumenta del valore del servo; come nel caso del credito al verificarsi della condizione l'attivo medesimo aumenta del valore della prestazione. A termini dunque dell'opinione di Giuliano, quando la libertà sub condizione viene lasciata a un servo dell'erede o di un terzo e vi è un altro legato puro e semplice, per cui, se si verificasse la condizione del primo, si avrebbe lesione della Quarta, il legato puro e semplice si paga cum cautione per intero, come se il legato di libertà non esistesse; onde la possibilità che il legato pagato sia tutto da resti-

⁴⁴⁾ fr. 39 D. h. t. *et eorum qui supplicio adfecti sunt* (servi già condannati a morte al momento in cui moriva il *de cuius*).

⁴⁵⁾ Analogo, come è detto nel testo, non identico; in quanto l'aumento dell'attivo dipende dalla circostanza contraria a quella, in cui il medesimo si verifica nel caso di un credito. Nel caso di concorso dunque con un legato puro e semplice, se si tratta di credito condizionale, questo si considera come inesistente; onde la possibilità di eseguire, sempre provvisoriamente, il pagamento intero del legato puro e semplice. Se invece si tratta di legato di libertà al proprio servo, bisogna allo stesso effetto non tener conto del servo, ossia considerare provvisoriamente come verificata la condizione.

tuire. E in tal senso si esprime il fr. 1 § 11 in f. D. si cui plus 35, 3; riferendosi, come pare ⁴⁶⁾, al nostro caso:

Ulpianus, libro LXXIX, *ad edictum*: « Cum enim habita ratione aeris alieni Falcidia ineatur, plerumque evenit, ut emergente debito vel condicione aeris alieni existente totum quod legatum est exauriatur. Sed et libertatium condicio interdum existens efficiet legatum omnino non deberi, quippe cum habita ratione libertatium et deductis pretiis eorum (*servorum* Mommsen) tunc demum legatorum ineatur ratio ».

Quando invece la libertà sub condizione è lasciata al servo del decuius, si determina (a termini sempre dell'opinione di Giuliano) l'ammontare dell'eredità non tenendo conto del servo, come se la condizione si fosse verificata, e si fa la riduzione necessaria a carico del legatario puro e semplice; prestandogli poi un supplemento di legato, quando non si verifichi la condizione apposta alla libertà ⁴⁷⁾. Così era detto nel fr. 36 § 4 D. h. t.:

Paulus, libro III, *fideicommissorum*: « Si incertum sit, an libertas praestari debeat, veluti quod sub condicione vel post tempus data sit [*numquid* ⁴⁸⁾] incerto eo an praestetur cum possit aut servus

⁴⁶⁾ L' *interdum* del secondo periodo del cit. fr. di Ulpiano riguarda due particolarità, quella della restituzione totale, cui già nel primo, e con speciali espressioni, si alludeva (*plerumque evenit*, etc.), e quella che il servo non appartiene al de cuius.

⁴⁷⁾ S' intende che allora (come è detto sulla fine del fr. 36, § 4 D. h. t. riferito nel testo, ove Paolo richiama il parere di Africano) per determinare il valore del servo al momento della morte del de cuius, si terrà conto dei frutti (delle opere) prodotti dal servo da codesto momento al mancare della condizione (cfr. nota 25 preced.). Già questa affermazione consequenziale esclude la forma interrogativa della prima parte del passo; mentre fornisce indizio che il legato o fedecommissario si riferiva ad un servo del de cuius. L'ultima particolarità del resto apparisce da tutto l'andamento del fr. 36. il quale già nel pr. si occupa di codesto caso, dichiarando poi in modo espresso quando si tratta di casi diversi (§ 1, *attenuis servus*; § 2, *servum heredis*).

⁴⁸⁾ Il POTHIER, *Pand.* 35. 2, n. 17, n. 8 annota: « Goveanus censet hoc verbum expungendum; totamque legem affirmative esse concipiendam. Alii, ut Glossa, censent Paulum hic proponere dumtaxat quaestionem; et mox infra referre tantum, non probare, sententiam Caecilii qui ita obtinere debere putaverat » (cfr. nota 47 preced.). Per ritenere che Paolo possa essere stato incerto circa l'applicazione del principio di Giuliano al caso del servo, e soprattutto aver riferita, ma non approvata la consequenziale risoluzione di Africano, bisognerebbe non esistessero nella Pandette tutti quei fr. di Paolo che siamo andati citando (fr. 1, § 12, 16, 17; fr. 22, § 3; fr. 45, § 1; fr. 63, § 18 D. h. t.), nei quali l'opinione di Giuliano viene accolta e difesa in più e diverse delle sue applicazioni.

mori aut condicio deficere] interim Falcidia admittenda est, deinde cum libertas competere vel deberi non ⁴⁹⁾ coeperit, tunc legatarius ⁵⁰⁾ illam partem recipiat quam Falcidia detraxit etc. » ⁵¹⁾).

Si capisce che se il caso del legato di libertà si decide a termini dell'opinione di Proculo, non vi è luogo allora a distinguere circa l'appartenenza del servo: il servo cioè, è sempre valutato nel passivo per il suo valore di schiavo liberato sub condicione (vale a dire, come statulibero); salvo a comprenderlo per lo stesso valore anche nell'attivo, quando appartiene al de cuius. Di tale avviso era stato Aburnio Valente, uno degli ultimi capi della scuola Sabiniana; il quale si chiarisce così seguace dell'opinione di Proculo ⁵²⁾:

fr. 37 D. h. t.: « Eius servi (cui ⁵³⁾ per fidecommissum sub condicione vel post tempus libertas data est) aestimatio (in Falcidia ⁵⁴⁾ ratione ponenda) perinde ac statuliberi fieri debet ».

E poichè il fr. 37 h. t. di Valente fa seguito immediato al fr. in cui Paolo espone l'opinione contraria a quella di Proculo, vuol dire che i compilatori hanno operato le alterazioni del fr. di Paolo, intendendo proprio di respingerne l'opinione. Ciò che Paolo, quasi dubitando, avrebbe domandato e lasciato indeciso, viene ora nettamente

⁴⁹⁾ Se la condizione si verifica, non vi può essere supplemento di legato; perchè la riduzione del legato è stata fatta appunto come se la condizione si fosse verificata. Cfr. nota 45 e il fr. 11, § 1 D. h. t. di Papiniano, riferito dopo nel testo.

⁵⁰⁾ La parola *legatarius* indica il legatario puro e semplice, concorrente col servo manomesso.

⁵¹⁾ Le edizioni pongono qui (e alcune anche dopo *admittenda est*) un interrogativo, che è infatti reclamato dall'inciso interpolato *numquid-deficere*. Forse l'inciso era già glossema (cfr. quello analogo di cui alla nota 55 seg.) che esprimeva il dubbio di un imperito: « *numquid incerto eo an praestetur* (libertas) *cum possit aut servus mori aut condicio deficere* (interim Falcidia admittenda est)? E da esso forse sono stati determinati i Compilatori a preferire l'opinione contraria a quella di Paolo. L'inerzia del dubbio risulta dalle cose dette in precedenza nel testo. Appunto perchè è incerto, se nell'attivo si dovrà o no computare il servo, bisogna intanto procedere alla riduzione provvisoria del legato puro e semplice; perchè (l'ho già detto alla nota 34) come nel computo delle passività condizionali l'erede è esposto a dare provvisoriamente di più, così nel computo delle attività condizionali il legatario è esposto a ricevere di meno.

⁵²⁾ A controversie dei classici intorno al nostro caso accenna vagamente il FERRINI, o. c. pag. 480. Egli ritiene però che quanto è espresso dal fr. 37 D. h. t. combini con quello che risulta dal fr. 36 precedente.

⁵³⁾ LENEL, *Patting*. n. 19.

⁵⁴⁾ LENEL, l. c.

respinto colla dichiarazione di Valente. In omaggio alla quale, i com-
latori hanno anche alterato il fr. 11 § 1 D. h. t.:

Papinianus, libro XXIX *quaestionum*: « Si servus sub condi-
zione libertate data vita decessit, si quidem impleta condicio quan-
doque fuerit, heredi non videbitur periisse: quod si defecerit, in
contrarium ratio trahit [*sed quanti statuliber moriens fuisse vide-
bitur* »].

Papiniano avvertiva che nel caso di libertà lasciata sub condi-
zione al proprio servo ⁵⁵⁾ che sia venuto a morire dopo l'apertura
della successione, se si verifica la condizione, il servo non perisce a
carico dell'erede ⁵⁶⁾; perisce a carico del legatario concorrente. Vice-
versa, se la condizione viene a mancare, il servo, invece che a carico
del legatario, perisce a carico dell'erede. Ciò significa che, nonostante
la morte del servo, la riduzione del legato concorrente con quello di
libertà, già operatasi a termini dell'opinione di Giuliano, rimane ferma,
se la condizione si verifica; mentre, se la condizione manca, il lega-
tario concorrente ha diritto ad un supplemento di legato. Se Papi-
niano, come accennano le parole finali interpolate (*sed quanti-vide-
bitur*), avesse accolto l'opinione di Proculo ⁵⁷⁾ e avesse per conse-

⁵⁵⁾ Al caso di libertà lasciata al proprio servo si riferisce anche il successivo
§ 4 (cfr. POTHIER, l. c. n. 27, nota 5). Nel quale però mi sembrano interpolate le
parole *sed cuius - nam et*; perchè, come si sa (cfr. nota 6), fatta in rapporto alla
Falcidia, la valutazione dei beni ereditari al momento della morte del cuius, le
variazioni successive in meno o in più sono a carico od a vantaggio dell'erede:
« Si servus testamento manumissus ante aditam hereditatem decessit, heredi
quidem periisse intelligitur [*sed cuius pretii erit, qui, si viveret, non aestima-
retur? nam et*] eos, qui moriente domino ea valetudine adfecti fuerant, ut eos,
non posse vivere certum esset, tamen, si postea moriantur, hereditati periisse
responsum est. Nec aliud in his qui sub eodem tecto fuerint, cum dominus a fa-
milia necaretur ». Che Papiniano abbia nel seguito corretta l'affermazione pre-
cedente (POTHIER, l. c. nota 4) è per se stesso poco probabile.

⁵⁶⁾ Il POTHIER, l. c. nota 1 annota benissimo: « Hoc sensu quod non compu-
tetur in ea summa unde Falcidia deducitur. Proinde mors eius non minuit
Falcidiam heredi competentem », etc. Ma poi nella nota 2 seg. il medesimo
annota: « statuliber qui pendente libertatis conditione computatur quidem inter
res hereditarias », etc. Ciò equivale ad accogliere ad occhi chiusi la correzione
Triboniana.

⁵⁷⁾ Ciò appare inverosimile, già per la circostanza che l'opinione di Proculo,
non accolta dai maggiori Giureconsulti del II secolo, viene respinta da Ulpiano
e da Paolo. Nemmeno si può supporre che Papiniano seguisse una specie di media
sententia, per cui il servo dovesse calcolarsi come statulibero, giusta l'opinione
di Proculo; ma dando luogo alle cauzioni giusta l'opinione di Giuliano. In tal

guenza ammesso che il valore dello statulibero deve comprendersi nell'attivo, non avrebbe potuto dire che, quando la condizione si verifica, lo statulibero perisce per il legatario concorrente e quando la condizione manca, il medesimo perisce per l'erede. Come sappiamo, dietro l'opinione di Proculo, la riduzione del legato è definitiva; o che si verifichi, o che manchi la condizione apposta alla libertà, non vi è luogo, nè a supplemento di legato, nè a restituzione di una parte di esso.

8. Le congetture fin qui esposte trovano conferma in un passo di Gaio, fr. 73, § 1-3 D. h. t., che è forse il più notevole fra i molti relativi al nostro argomento; perchè esso espone e risolve quasi tutte le questioni precedentemente accennate: e cioè, nel § 1, quella che riguarda i debiti condizionali; nel § 2, quella da cui si è preso le mosse, relativa ai legati condizionali; nel § 3, l'altra, speciale, che riguarda il legato condizionale di libertà.

In modo contrario all'avviso dei suoi grandi contemporanei, ma conforme tuttavia a quello dei corifei ultimi della scuola Sabiniana, Gaio accoglieva l'opinione di Proculo. Ma qui, anche in ciò che riguarda il caso del legato di libertà, i Giustiniani hanno creduto opportuno di trarre il passo all'opinione di Giuliano, da essi del resto più e più volte accolta e confermata nelle Pandette; e non fosse altro, in quel fr. 45 pr. D. h. t. di Paolo, di cui si è detto nelle note 3 e 11. E l'alterazione è riuscita abbastanza felice in riguardo ai legati condizionali ordinari; pei quali risulta ora, espresso da Gaio (fr. cit. § 2), il temperamento Giuliano, che impone (normalmente) di tener sospesa la riduzione. Meno felice è riuscita in riguardo al legato condizionale di libertà (fr. cit. § 3); per il quale risulta ora affermato il temperamento stesso, in quanto impone di tener sospesa la riduzione, senza però che esso venga riferito al caso particolare della libertà lasciata ad un servo altrui. Infelice addirittura è riuscita in riguardo ai debiti condizionali (fr. cit. § 1). Anzitutto, hanno fatto dire a Gaio, che la questione, grande una volta, era ormai composta; il che nessuno vorrà credere, se è vero che l'altra, relativa ai legati condizionali, si agitava tuttavia. Poi, venendo alla sostanza, hanno

caso infatti il danno che l'una o l'altra parte risentirebbe non sarebbe del servo, ma della differenza tra il valore dello statulibero e il valore del servo; e l'erede avrebbe codesto danno, non al mancare, ma al verificarsi della condizione.

dichiarato che, tanto può ammettersi l'opinione di Proculo che non si vale delle cauzioni, quando quella di Giuliano che se ne vale. Infine, hanno espressa l'opinione di Giuliano come se fosse indifferente ammettere una riduzione provvisoria del legato, o differirla al momento in cui si verifica la condizione ⁵⁸); mentre, come sappiamo, l'ammettere l'una o l'altra decisione dipende dal fatto del legatario; ed è tutt'altro che indifferente, così per lui, che per l'erede:

Gaius, libro XVIII *ad edictum provinciale*: «§ 1, Magna dubitatio est ⁵⁹) [fuit] de his, quorum condicio mortis tempore pendet, id est an quod sub condicione debetur in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur. Sed hoc observandum puto [iure u'imur] ut, quanti ea spes obligationis venire possit, tantum stipulatoris quidem bonis accedere videatur, promissoris vero decedere [aut cautionibus res explicari potest, ut duorum alterum fiat, aut ita ratio habeatur, tamquam pure debeatur, aut ita ⁶⁰), tamquam nihil debeatur, deinde heredes et legatarii inter se caveant, ut existente condicione aut heres reddat quanto minus solverit, aut legatarii restituant quanto consecuti sunt] § 2 Sed et si legata quaedam pure, quaedam sub condicione relicta efficiant, ut existente condicione lex Falcidia locum habeat, pure legata sine ⁶¹) [cum]

⁵⁸) Di solito (ARNDTS, l. c. pag. 313, n. 81; WINDSCHEID, l. c. nota 28) si riferisce l'alternativa alla maggiore o minore verosimiglianza del verificarsi della condizione (cfr. nota 60 seg.). Ma l'opinione di Giuliano è sorta appunto in vista delle difficoltà pratiche che presenta la valutazione di un rapporto condizionale, quando si voglia tener conto della maggiore o minore probabilità del verificarsi della condizione; e se, nel caso di cui si tratta, il legatario offre cauzione, non si vede perchè non debba differirsi la riduzione del legato, nonostante che a qualcuno possa sembrare più verosimile che la condizione non si verifichi.

⁵⁹) Che il giureconsulto abbia scritto *est*, piuttosto che *fuit*; e poi, dopo, *observandum puto* o simili, piuttosto che *hoc iure utimur*, è probabile anche per l'evidente interpolazione finale del § 2 [*quo magis in usu est - reddituiri*]. Che le parole *hoc iure utimur* esprimano l'opinione di Proculo, è stato osservato anche da altri: SCHULTING, o. c. ad h. l. e VOORDA ivi cit.

⁶⁰) Qualcuno ritiene (ROSSHIRT, l. c. pag. 545) che le parole *aut ita - consecuti sunt* esprimano (nel senso di cui alla n. 58 preced.) l'opinione contrapposta a quella di Proculo e che Gaio abbia avuto il merito, in una materia così intricata dove il più dipende dalla individualità del caso, di proporre la soluzione che è sicuramente la più naturale, cioè, che a seconda delle circostanze, si può accogliere così l'una che l'altra opinione.

⁶¹) Cfr. le successive parole interpolate «quo casu magis... cavere autem legatarios debere», etc.

cautione redduntur [*quo casu magis in usu est solvi quidem pure legata perinde ac si nulla alia sub condicione legata fuissent, cavere autem legatarios debere ex eventu condicionis quod amplius accepissent redditu iri*]. § 3 *Idem dicendum* [*Cuius generis cautio necessaria*] videtur et si quibusdam servis eodem testamento sub condicione libertas data sit, quorum pretia condicione *pendente* [*existente*] bonis detrahuntur».

9. L'importanza formale, poc'anzi rilevata, del fr. 73 § 1-3 D. h. t. ha fatto sì, che l'alterazione del § 2 del detto fr. (quella relativa ai debiti condizionali) è stata accolta nel sistema Giustiniano⁶²) senza tener conto: 1° delle altre dichiarazioni delle Fonti, concernente lo stesso caso, le quali, e in riguardo ai loro autori e in riguardo ai principii generali, hanno molto maggiore importanza del passo di Gaio; 2° della decisione, data dai Giustiniani stessi (§ 1, § 3 del fr. cit.) circa i casi analoghi del legato condizionale e del legato condizionale di libertà. Se la decisione Giustiniana che risulta dal § 2 del passo di Gaio fosse quella più conforme ai principii generali⁶³), non si dovrebbe esitare ad applicarla a tutti i casi di cui ci siamo occupati; dal momento che ai principii generali ci danno facoltà di ricorrere le decisioni contraddittorie delle Fonti. Io dubito però che l'avere ammesso insieme le due opposte opinioni dei classici, lasciando al giudice di decidere, caso per caso, quale delle due torni più opportuno di applicare, sia soltanto il ripiego di un frettoloso, che dei principii generali non ha voluto, nè potuto occuparsi. Del resto, anche l'opinione di Giuliano (fu già detto) implica la possibilità di valersi del temperamento Próculeiano; dando però alle parti, invece che al giudice, la facoltà di ricorrervi. E le parti probabilmente vi ricorreranno, non già caso per caso, ma per tutti insieme i rapporti d'incerta valutazione compresi nell'eredità, in modo da non lasciar nulla di sospeso nei loro interessi. Nessuno meglio delle parti, o di chi per esse, può attribuire un valore approssimativo ai rapporti in quistione,

⁶²) WINDSCHEID, l. c. alla n. 23: «I crediti ereditari condizionali e i debiti ereditari condizionali o si portano in conto per il loro valore attuale di vendita; oppure a seconda della maggiore o minore verosimiglianza dell'adempimento della condizione, si computano pienamente o niente affatto, nei due ultimi casi con prestazione di sicurtà per la restituzione o per il pagamento successivo», ecc. (cfr. nello stesso senso anche ARNDTS, l. c. pag. 313, n. 281).

⁶³) Cfr. nota 60 preced.

i quali sono obbietto più adatto ad una transazione che ad un reale apprezzamento. A me pare perciò si debba accogliere nel sistema giustiniano l'opinione di Giuliano, quale è stata da noi determinata, applicandola ad ogni rapporto di incerta valutazione, cui occorra aver riguardo nel computo della Falcidia. Non fa difficoltà che le Fonti facciano ripetuto cenno di un arbiter Falcidiae, o come è detto una volta, iudex legis Falcidiae; il quale avrebbe l'incarico di valutare il patrimonio ereditario e di fare i calcoli necessari, quante volte la causa di un lascito interessi la Falcidia⁶⁴). Se non erro, questo arbiter, nel diritto classico, è tutto proprio dei fedecommissi; rispetto ai quali ha anche carattere eccezionale, in quanto la persecutio fideicommissi avviene extra ordinem. E di qui l'espressione *arbiter Falcidiae*, che si legge, per esempio, nel fr. 12 D. h. t. e nel fr. 1 § 6 D. si cui plus 35, 3⁶⁵). Nei legati invece quelle funzioni cui si è accennato vengono disimpegnate dal giudice consueto, dato alla causa legati; e non vi ha ragione di designare costui come iudex Falcidiae o iudex legis Falcidiae. Infatti di giudice in genere (iudex) parlano, per esempio, il fr. 1 § 12 e il fr. 15 § 2 D. h. t. E di giudice in genere doveva, io credo, parlare anche il seguente frammento:

fr. 55 D. h. t. (Marcello): «Quum Titio in annos singulos dena legata sunt et iudex [*legis Falcidiae*] rationem inter heredem et et alios legatarios habeat». etc.

L'interpolazione dimostra che nel diritto giustiniano vige la disposizione relativa ai fedecommissi del diritto classico: l'autorità cioè, chiamata a giudicare di una causa di legato che interessi la Falcidia, nomina un perito (tale ormai è l'arbiter o iudex Falcidiae),

⁶⁴) fr. 1, § 6 D. si cui plus 35, 3 (Ulpiano): «Quum dicitur lex Falcidia locum habere, arbiter dari solet ad ineundam quantitatem bonorum, tametsi unus aliquid modicum fideicommissum persequatur: quae computatio praeiudicare non debet ceteris, qui ad arbitrum missi non sunt. Solet tamen ab herede etiam ceteris denuntiare fideicommissariis, ut veniant ad arbitrum ibique causam suam agant, plerumque et creditoribus, ut de aere alieno probent», etc.

⁶⁵) Il secondo dei fr. citt. si riferisce espressamente ai fedecommissi. Nel primo invece ciò non risulta in alcun modo. Anzi, può esservi luogo a dubitare, perchè il de cuius aveva chiesto all'erede suo debitore *ne in ratione legis Falcidiae ponenda creditum suum legataris reputaret*. Ma non mi pare che l'espressione sia sufficiente ad escludere che nel caso in questione si trattava di un fedecommissario; comunque il de cuius nella disposizione regolatrice del calcolo della Quarta si fosse riferito ai legati.

che determina l'ammontare del patrimonio e fa i calcoli relativi alla Falcidia. Il perito però, nella valutazione dei rapporti giuridici condizionali e degli altri di cui si è detto, deve osservare i temperamenti insegnati da Giuliano, che abbiamo esposti più innanzi. Il fr. 1 § 6 D. si cui plus 35, 3 che dichiara la funzione del perito della Falcidia appartiene appunto a Ulpiano; cioè, a uno dei più autorevoli e decisi seguaci dell'opinione di Giuliano.

MUZIO PAMPALONI.

STUDI SOPRA IL DELITTO DI FURTO

I.

L'actio de tigno iuncto e il delitto di furto. *)

1. Quando, tanti anni or sono, ebbi ad occuparmi in un'apposita dissertazione della legge de tigno iuncto¹⁾, ho anche determinati i rapporti che la detta legge presenta col delitto di furto; e come mi parve allora e mi pare tuttavia, non senza frutto²⁾, almeno per il diritto Giustiniano, a cui più specialmente era rivolto il mio lavoro. Soltanto un punto di carattere storico rimase senza trattazione adeguata; nè forse fra noi poteva averla in quell'epoca, salvo da alcuno, che fosse uscito dalla scuola di Ilario Alibrandi. Il posto che la formula dell'actio de tigno iuncto occupava nell'editto, fra mezzo a quelle del furto, mostra che l'azione stessa stava in qualche legame col furto e con le azioni che ne derivano. Sulla quale particolarità, dietro le tracce del Rudorff, insisteva a ragione il Lenel fino dalla prima

*) Cfr. PAMPALONI, *Studi sul delitto di furto*, II, 1 (Complicità nel delitto di furto, cap. VIII, in fine)

¹⁾ *La legge delle XII Tavole de tigno iuncto* (Arch. Giur. vol. 30, anno 1883, pag. 253-312; vol. 31, anno 1883, pag. 41-93; pag. 399-400) e particolarmente: cap. VIII, *Se la legge delle XII Tavole riguardi soltanto il tignum furtivum*: cap. IX, *Se l'actio de tigno iuncto si dia soltanto per il tignum furtivum*.

²⁾ Sopra tutto (cfr. anche nota 8 seg.) fu messo allora in luce (cap. VIII, note 2-3) che, quando nel nostro argomento le Fonti parlano di tignum furtivum, vogliono dire di materiali che sono stati oggetto di un delitto di furto; non già, come si riteneva comunemente, di materiali che sono stati congiunti in mala fede. La difesa della opinio communis, sostenuta contro il mio scritto *Il poss. di m. f. in rapporto al delitto di furto* (Arch. Giur. vol. 28, pag. 275 e segg.) dal LANDSBERG, *Das furtum des bösgläubigen Besitzers*, venne vivacemente confutata dal FERRINI, *Diritto penale romano*, § 166-172; e mi lusingo che oggi nessuno scriverebbe che il concetto difeso da Landsberg è certamente giusto (RICCOBONO, l. c. vol. 54, pag. 272). Cfr. anche nota 13 seg.

edizione della celebrata opera sull'editto perpetuo, affermando appunto che la formula della nostra azione doveva indicare il requisito della furtività dei materiali. Di qui poi, come mi pare, l'improvviso, sempre crescente favore che ha trovato nella recente letteratura ³⁾ l'opinione, da me, e un tempo ⁴⁾ dai più, combattuta, che la furtività dell'oggetto sia un requisito dell'actio de tigno iuncto; e si badi, non solo nel diritto classico, ma anche nel diritto Giustiniano. Eppure, vi hanno tante e così esplicite dichiarazioni nelle fonti del diritto Giustiniano in favore di un'actio de tigno iuncto non limitata ai tigna furtiva ⁵⁾, che gli accenni in contrario, risultanti dai due fr. del tit. dei Dig. de tigno iuncto 47. 3 e dal fr. 63 D. de don. inter v. et u. 24. 1 di Paolo, non possono bastare ad infirmarle. Questo tanto più, quando si consideri: che il cit. fr. 63 D. 24.1, mentre contiene un'espressione di Paolo, la quale sembra appellare al requisito della furtività (*in duplum neque enim furtivum est quod sciente domino inclusum est*) ne contiene un'altra di Nerazio, la quale sembra ⁶⁾ escluderla (*quamvis*

³⁾ A questa nuova tendenza della nostra letteratura accennavo già nel render conto di una dissertazione dello SCHUMACHER, *Ueber tignum und tignum iunctum*, nell'*Arch. Giur.* vol. 34, pag. 171. Oltre il RICCOBONO, *Interpretazione e critica del fr. 63 D. 24. 1* (*Arch. Giur.* vol. 53, pag. 521 e segg.; vol. 54, pag. 265 e segg.) e i citt. ibid., vedasi (a tacere degli stranieri) i trattati di Istituzioni del Brugi, del Bonfante, del Perozzi e il trattato di Pandette del Ferrini. Mentre però, secondo il RICCOBONO, l. c. vol. 54, pag. 279, l'actio de tigno iuncto è diretta contro il congiungitore chiunque sia, gli altri scrittori citati sembrano accordarla o esclusivamente contro il possessore, autore o no della congiunzione (BONFANTE, l. c. pag. 236; PEROZZI, l. c. pag. 447) o anche contro il possessore che non ha operato la congiunzione (BRUGI, *Ist.* I, pag. 259; FERRINI, l. c. pag. 393, n. 2). Che l'actio de tigno iuncto abbia luogo contro il possessore, e soltanto contro il possessore, nonostante l'apparente contrario accenno del fr. 1 D. de tigno iuncto (cfr. ora anche PERNICE, *Labeo*, 2^a ediz. II, 1, pag. 319, n. 4) è uno dei punti su cui ho maggiormente insistito nella dissertazione cit. alla nota 1 (cap. XI, cap. XV); e se non erro, esso sta, almeno nel diritto giustiniano, in stretto rapporto con l'altro, relativo alla qualità dell'oggetto. Se, cioè, si ammette che l'azione si dava contro il possessore, bisogna ammettere che oggetto della medesima erano anche i materiali non furtivi.

⁴⁾ Cfr. la cit. *Legge delle XII Tavole de tigno iuncto*, cap. IX e meglio ancora RICCOBONO, l. c. vol. 54, pag. 275, nota 1 e pag. 276, nota 1.

⁵⁾ fr. 7, § 10 D. 41. 1 di Gaio = § 29 Inst. 2. 1; fr. 23, § 6 D. 6. 1; fr. 6 D. 10. 4; fr. 98, § 8 in f. D. 46. 3. Cfr. sul valore di questi frammenti not. 40. 43 segg.

⁶⁾ L'osservazione fu fatta già dal Pernice (*Legge delle XII Tavole de tigno iuncto*, cit. alla nota 1, cap. IX, nota 4); cfr. ora *Labeo* 2^a ediz. II, 1, pag. 319, n. 1); e la sua giustezza era riconosciuta anche dal Lenel nella prima ediz. tedesca dell'Editto, pag. 265. Cfr. pure KARLOWA, *Rechtsjesch.* II, pag. 1325.

Decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae e sent): e che sono di Paolo tre altri frammenti, nei quali il requisito della furtività apparisce nettamente escluso. In ogni modo, chi ammette il requisito della furtività, non può esimersi dal determinare la natura di questa supposta actio de tigno iuncto furtivo in duplum; perchè è facile il dire che si tratta di un'azione penale, ma quale sia nel diritto Giustiniano il delitto o quasi il delitto ⁷⁾ che vi corrisponde non è altrettanto facile a determinare. Oltre a ciò bisogna mettere d'accordo la supposta actio de tigno iuncto furtivo in duplum col motivo assegnato ripetutamente ⁸⁾ dalle Fonti alla disposizione proibitiva della nostra legge. Se infatti si afferma che la proibizione di rivendicare i tigna iuncta è generale, vuol dire che la sospensione delle azioni di proprietà a riguardo dei tigna non furtiva rimane senza compenso o indennizzo a meno di creare un'actio de tigno iuncto in simplum ⁹⁾, di cui non vi ha traccia nelle Fonti. E se si afferma che la proibizione suddetta

⁷⁾ Espliciti in proposito non sono che gli scrittori di cui alla nota 10 seg. Nulla dicono, per esempio, il KARLOWA, il FERNICE e gli autori cit. alla nota 3, compresi il RICCOBONO, l. c. vol. 54, n. 4 e il FERRINI (cfr. nota 9 seg.).

⁸⁾ *ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur* (fr. 1 D. 47. 3 di Ulpiano): *ne aedificia rescindi necesse sit* (§ 29 Inst. 2. 1). Contro l'idea, da me ampiamente difesa (*Legge delle XII Tavole de tigno iuncto*, cap. III, e cap. IV; cfr. anche Arch. Giur. vol. 34, pag. 159-168) che il principio *ne urbs ruinis deformetur* non ha che fare con la proibizione delle XII Tavole, nulla è stato osservato dai recenti. Se nondimeno taluni di essi continuano a richiamare il detto principio a riguardo delle XII Tavole (Riccobono, Bonfante) bisogna, credo, attribuirlo alla forza della tradizione. Anche ciò che dice PEROZZI, o. c. pag. 446, n. 3, non è esatto: « Le XII Tavole miravano a custodire l'integrità delle case e dei vigneti. Fattasi Roma ricca di edifici e sorto il seuso e la cura della bellezza della città, si pensò contro il vero che mirassero a impedire che fosse deformata da ruine » Nessun giureconsulto romano ha mai riferita la proibizione delle XII Tavole al principio *ne urbs ruinis deformetur* (cfr. p. es. il fr. cit. dal RICCOBONO, l. c. vol. 53, p. 526 e trascritto da noi alla n. 37).

⁹⁾ È questa un'opinione, già affacciata da alcuni antichi (cfr. PAMPALONI, *Legge delle XII Tavole de tigno iuncto* cit. cap. XI, n. 3, n. 43, n. 41; RICCOBONO, l. c. vol. 54, pag. 271 e pag. 272, n. 5 e accolta di recente dal FERRINI, *Pand.* pag. 393, n. 2 (secondo il quale, l'actio è data in duplum, se il tignum è furtivum senza distinguere fra buona e mala fede di chi ha operata la congiunzione o tiene l'edificio). Stanno contro questa idea, non solo le dichiarazioni dei passi cit. alla nota 5, ma anche (in ciò che riguarda l'opinione di Nerazio) il fr. 63 D. 24, 1; mentre d'altra parte le dichiarazioni suddette contrastano ad ammettere che nel caso di tigna non furtiva la sospensione della rei vindicatio fosse imposta senza alcun compenso.

e l'azione relativa sono speciali ai tigna furtiva, non s'intende più il motivo della proibizione stessa; si riconosca o no che essa ha carattere privato. Non s'intende il motivo della proibizione di cui si tratta, neppure a ritenere, col Cuiacio e col Voigt¹⁰⁾, che l'actio de tigno iuncto in duplum era l'actio de tigno iuncto conceptio; cioè, l'azione che si dava per la conceptio dei tigna iuncta furtiva, in luogo e vece della consueta actio furti concepti in triplum. Ciò significherebbe che la legge delle XII Tavole, sospendendo le azioni di proprietà a riguardo dei tigna iuncta, non accordava al loro proprietario alcun compenso o indennizzo; anzi, trattandosi di tigna iuncta furtiva, avrebbe perfino scemata la consueta pena della conceptio. Ora, a parte ogni altra considerazione, poichè nel diritto Giustiniano, risultano abolite, e proprio per disposizione dei Compilatori¹¹⁾, tutte le actiones furto cohaerentes, non può aver continuato a sussistere questa, relativa alla conceptio dei tigna iuncta. La quistione dunque è tutta di storia¹²⁾: si tratta di chiarire come e in che senso la formula dell'actio de tigno iuncto abbia avuto esplicito¹³⁾ riguardo alla furtività del tignum. Al che si unisce di conseguenza la interpretazione storica, sia dei due frammenti del tit. dei Dig. de tigno iuncto, sia del fr 63 D. 24. 1 di Paolo a Nerazio; quei frammenti cioè, nei quali si accenna alla furtività del tignum iunctum. Dico interpretazione storica, perchè un'interpretazione sufficiente agli scopi di una esposizione del diritto Giustiniano credo di averla già data, e in parte prima ancora della ricordata dissertazione sulla legge de tigno iuncto¹⁴⁾;

¹⁰⁾ Cfr. la cit. *Legge delle XII Tavole de tigno iuncto*, cap. XII, nota 10 e Appendice § 17. Che gli scrittori di cui nel testo accordino l'actio de tigno iuncto contro il possessore e soltanto contro il possessore, risulta senz'altro dalla natura da essi assegnata all'actio de tigno iuncto.

¹¹⁾ PAMPALONI, *Studi sul delitto di furto*, II, 1 (Complicità nel delitto di furto, cap. VIII, § 4).

¹²⁾ Cfr. VOIGT, XII *Tafeln*, § 139 alla nota 32; GIRARD, *Manuale*, pag. 344, n. 6.

¹³⁾ Il Lenel ritiene ora (e già nell'ediz. francese dell'Editto II, 53) che nella formula il tignum fosse addirittura indicato come *furtivum*; ciò che era stato affermato anche dal Rudorff. Invece, nella prima edizione tedesca, il Lenel aveva ritenuto che la furtività del tignum fosse indicata in modo indiretto con la determinazione stessa della persona convenuta con la nostra azione: che sarebbe stata il congiungitore (*mala fidei*) del tignum. Ved. contro KARLOVA, *Rechtsgesch.* II, pag. 1325 e i citt. alle note 18 e 19; e cfr. nota 2 preced.

¹⁴⁾ Per i due frammenti del tit. dei Dig. de tigno iuncto, cfr. *La legge delle XII Tavole de tigno iuncto* cit. cap. XIV, cap. XVI. Per il fr. 63 D. 24. 1, cfr. *Inter-*

per quanto oggidì si ritenga, e con ragione, che simili sforzi di conciliazione in conformità del § 15 della cost. Tanta, anche agli scopi che ho detto, riescono affatto inutili. Ventisette anni fa (sia detto di passaggio) non si pensava così nelle nostre scuole.

2. Avuto riguardo al fr. 1 pr. D. de tigno iuncto, ho sostenuto altra volta¹⁵⁾ che la proibizione della legge delle XII Tavole, o prendeva di mira anche i materiali furtivi, o si riferiva soltanto ai materiali furtivi, ma intendendo significare che la proibizione di scioglimento avesse ad essere generale, così da comprendere anche quelli non furtivi. Ritengo ora più vicina al vero la prima delle due ipotesi che ho espresse. Essa risulta dalla lettera stessa del passo di Festo¹⁶⁾ che ci ha conservato il testo della disposizione Decemvirale; sia che si voglia correggere le parole *et concapit* in *et concapitum* (Cuia-

pretazione della l. 63 D. de donat. inter v. et u. in Arch. Giur. vol. 28, pag. 163 e segg. e *La legge delle XII Tavole de tigno iuncto* cit. cap. IX. La sostanza dell'interpretazione del detto fr. 63 D. 24. 1 consiste nel riferire le parole *neque enim furtivum est quod sciente domino inclusum est* alla conditio ex non concessa donazione; e tanto di fronte alla lectio Fl. modificata dal Mommsen (« quia nulla alia actio ex lege duodecim tabularum »), quanto di fronte alla Vulgata. Non si tratta di due spiegazioni (cfr. Riccobono, l. c. vol. 54, pag. 266, nota 1), ma di una adattata alle lezioni e correzioni di maggiore autorità; e l'avere poi (*La legge delle XII Tavole de tigno iuncto*, cap. IX) seguendo l'Huschke, insistito esclusivamente sulla spiegazione in rapporto alla Vulg. non aveva per me significato di preferenza. Che dal punto di vista dogmatico l'interpretazione non sia del tutto priva d'interesse, apparisce dal richiamo di un luogo del Waechter, ove l'illustre scrittore afferma nel caso del fr. 63 D. 24. 1 la possibilità che insieme con la rei vindicatio soluta re concorra la conditio ex non concessa donazione (*Legge delle XII Tavole de tigno iuncto* cit. cap. IX, nota 39. Cfr. anche il passo del Savigny cit. dal Riccobono, l. c. vol. 53, pag. 531 e pag. 535, n. 2). Ma di certo (faccio ragione alla critica del Riccobono) essa non si presenta piana e naturale in confronto delle parole *non in duplum*, che precedono quelle in quistione; e per giusto che sia il richiamo alla conditio che si vuol sottintendere, avrebbe pur potuto esprimerlo il Giureconsulto. Per conseguenza, dal punto di vista da me allora difeso, o dichiarare l'origine spuria delle parole *non in duplum*, o affermare addirittura che dopo codeste parole e prima della frase finale *neque enim furtivum est quod sciente domino inclusum est* è caduto qualche cosa; il concetto appunto che si voleva sottintendere. Ciò equivale a confessare che un'interpretazione dogmatica del fr. 63 D. 24. 1 in modo da escludere il requisito della furtività non è assolutamente possibile, se non si toglie o si aggiunge qualcosa al testo di Paolo, quale ci venne tramandato: ma la stessa confessione s'impone ai fautori del requisito della furtività, in presenza di quelle parole del nostro frammento che esprimono l'opinione di Nerazio.

¹⁵⁾ *Legge delle XII Tavole de tigno iuncto* cit. cap. VIII.

¹⁶⁾ « Tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito ».

cio¹⁷⁾, Huschke), sia che si voglia correggerle in *sei*, *etsi concapit*, *concapsit* (Voigt). Basta, a ogni modo, si prenda la parola *concipere* nel senso tecnico che essa ha nella teoria del furto (Voigt); non già nel suo senso volgare (Huschke). La correzione *e compage* (Mommsen), più che rettificare, sostituisce alcun che al testo originale; e le altre *e concape*, *e concapi* (Mueller, Schoell) con significato identico alla precedente mi sembrano meno conformi alla lettera del testo che non quelle due, *et concapitum*, *sei* o *etsi concapit* o *concapsit*, le quali sono state accolte da noi. Ma anche se piacesse di nulla correggere o sostituire e di tener fermo il testo *et concapit*, l'allusione al tignum furtivum resulterebbe egualmente; e come vedremo fra poco, essa riceve conferma dal modo, nel quale devono essere intesi i frammenti del tit. dei Dig. de tigno iuncto in confronto del diritto classico.

In relazione appunto al preciso disposto della legge delle XII Tavole, l'Editto ebbe a fissare una formula dell'actio de tigno iuncto, la quale appella alla furtività dei materiali; il che (l'ho già detto) hanno avvertito benissimo i moderni ricostruttori dell'Editto. Ma che la formula stessa accennasse al convenuto, designandolo quale congiungitore del tignum, qui è da dubitare; e ne dubito ora come altra volta¹⁸⁾, nonostante la contraria, gravissima autorità di Ottone Lenel. L'idea è desunta dalle parole *sed in eum qui convictus est iunxisse* del fr. 1 pr. D. de tigno iuncto; le quali però hanno così poca corrispondenza con tutte le altre dichiarazioni delle Fonti intorno alla nostra azione, che il sospetto di interpolazione, messo innanzi dal Pernice¹⁹⁾ nella seconda edizione del suo *Labeone*, mi sembra fondato. Tanto più fondato, in quanto nella continuazione del detto fr., che si legge come § 1 dopo un lungo inciso rivolto a chiarire il significato della parola tignum, il giureconsulto viene d'improvviso a riferirsi alla scienza del congiungitore (*nec enim parci oportet ei qui sciens*); scienza, della quale innanzi non era affatto parola. Il sospetto che qui, nella materia dell'actio de tigno iuncto, noi siamo in presenza di una qualche novità Triboniana si accresce con l'esame del fr. 63 D. 24. 1 più volte citato. Il passo cela un'alterazione. Questo

¹⁷⁾ Cfr. l'avvertenza del RICCOBONO, l. c. vol. 54, pag. 278, n. 1.

¹⁸⁾ *Legge delle XII Tavole de tigno iuncto*, Appendice, § 17. Cfr. gli scrittori cit. sopra nella nota 3.

¹⁹⁾ PERNICE, *Labeo*, 2ª ediz. II. 1, pag. 320.

disse già il Lenel nella sua *Palingenesia iuris civilis*²⁰⁾ questo dopo di lui ripeterono il Ferrini ed altri²¹⁾; e questo più di recente hanno confermato con precise determinazioni il Riccobono e il Lenel medesimo, tanto nell'edizione francese, quanto nella seconda edizione tedesca dell'Editto perpetuo. Tutto sta nel segnare in modo soddisfacente i termini della alterazione e lo scopo che con essa avevano preso di mira i Compilatori; se, come io credo, è da essi che l'alterazione deriva.

3. Nel mio modo di vedere, la legge delle XII Tavole, mentre vietava lo scioglimento e dei tigna furtiva (*concepta*) e dei tigna nec furtiva, stabiliva anche rispettivamente due azioni, una in *quadruplum* e un'altra in *duplum*: press'a poco in questi termini: «*tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito: si concapit quadruplo, alias duplione damnum decidito*»²²⁾. In modo conforme, l'Editto recava le formule di ambedue le azioni; e poichè la prima era formula di un'actio furto cohaerens, fu collocata con le altre nel titolo de furtis e ad essa per connessione di materia venne soggiunta anche la formula in *duplum*, la quale col furto aveva nulla che fare. La *conceptio* tigni iuncti portava la pena del *quadruplum*, invece di quella consueta del *triplum*, perchè al *triplum* si unisce il *simplum* come compenso alla sospensione della rei vindictio. Ciò non corrisponde, a dir vero, alla circostanza che trattandosi di materiali non furtivi il compenso per la sospensione della rei vindictio viene fissato nel *duplum*. Ma d'altra parte è da badare che il proprietario dei materiali furtivi che ha operato la *conceptio* ottiene in complesso quel tanto che costituisce la pena del *furtum manifestum*. Quando dunque sia stabilito, come appunto accenna il fr. 2 D. di tigno iuncto, che il detto proprietario, a differenza di ogni altro, potrà anche rivendicare, a unione disciolta, i materiali furtivi²³⁾, egli è abbastanza

²⁰⁾ Ad Neratium, 1040 in v. *competat mulieri*: «*Videtur subesse nescio quae corruptela. Fortasse haec verba sed in hoc solum - ex lege duodecim Tabularum insiticia sunt*».

²¹⁾ RICCOBONO, l. c. vol. 53, pag. 538, n. 1.

²²⁾ Cfr. VOIGT, *XII Tafeln*, I, pag. 718.

²³⁾ Nel caso dei tigna non furtiva non si dava rivendicazione (a unione disciolta) quando già fosse stata intentata l'actio de tigno iuncto in *duplum*. Ciò è detto espressamente nel § 29 Inst. 2. 1: *si non fuerit duplum tam consecutus*. L'inciso non si trova ripetuto nel fr. 7 D. 41. 1. di Gaio, a cui è stato attinto il § 29 Inst. 2. 1; e alcuni ritengono (*Legge delle XII Tavole de tigno iuncto* cit.

compensato e la disposizione Decemvirale apparisce in tutto soddisfacente. Così s'intende, non solo il particolare richiamo ai tigna furtiva del secondo frammento del tit. dei Dig. de tigno iuncto, ma anche quello del primo frammento:

fr. 1, pr. § 1 D. de tigno iuncto 47, 3 (ULPIANUS, *libro trigens. sept. ad edictum*): « Lex duodecim tabularum neque solvere permittit tignum furtivum aedibus vel vineis iunctum neque vindicare (quod providenter lex effecit, ne vel aedificia sub hoc praetextu diruantur vel vinearum cultura turbetur): sed in eum *opud quem conceptum est in quadruplum* [qui convictus est iunxisse in duplum] dat actionem § 1..... Nec [Sed et] ad exhibendum danda est actio nisi in eum [nec enim parci oportet ei] qui sciens²⁴) alienam rem aedificio inclusit vinxitve: non enim sic eum convenimus quasi possidentem, sed ita, quasi dolo malo fecerit, quo minus possideat ».

fr. 2 D. eod. (IDEM *libro quadragens. secundo ad Sabinum*): « Sed si proponas tigni *concepti* [furtivi] nomine aedibus iuncti actum, deliberari poterit, an extrinsecus sit rei vindicatio. Et esse non dubito ».

Come si vede, i Giustiniani, pur mantenendo i passi relativi alla conceptio dei tigna iuncta furtiva e all'azione relativa contro colui, presso il quale la conceptio era avvenuta, li hanno rivolti ai tigna iuncta furtiva e al congiungitore dei medesimi. E in parte opportunamente, ma in parte poco opportunamente; una volta ammesso che il compenso alla sospensione della rei vindicatio è sempre, in ogni caso, del duplum. Non hanno i Compilatori trovato, lì per lì, altro espediente, per raggiungere lo scopo, sia di eliminare l'actio de tigno iuncto in quadruplum, che essendo un'azione furto cohaerens non

cap. XIII, n. 5; e meglio, RICCOBONO, l. c. vol. 54, pag. 281, n. 1) che esso sia di origine spuria. Ma nulla si oppone a ritenere con altri (RICCOBONO, l. c.) proprio il contrario; cioè, che l'inciso è genuino e che venne soppresso dai Compilatori nel fr. 7, § 10 D. 41. 1. Anche il FERRINI nel noto saggio sulle Fonti delle Istituzioni (Bull. dell' Ist. di dir. rom. XIII, pag. 147-148), mentre tace della supposta interpolazione del § 29 Inst. 2. 1, nota, appunto qui, come il testo delle Istituzioni offra, in generale, una lezione migliore del testo dei Digesti; e come l'inciso *quod ideo provisum est*, etc. che manca nei Digesti debba ritenersi genuino.

²⁴) La parola *sciens*, nel modo in cui i Compilatori hanno mutato il passo, costituisce una sorpresa; perchè nel pr. del fr. non si accenna alla mala fede del congiungitore. Di qui l'incertezza di coloro che danno l'azione de tigno iuncto contro il congiungitore, intorno alle condizioni subiettive del convenuto.

si doveva conservare ²⁵⁾, sia di mantenere in un apposito titolo de tigno iuncto e in rapporto ai tigna furtiva quella particolarità, già relativa ai tigna iuncta concepta, che si legge nel fr. 2 D. de tigno iuncto. Ma, in buona sostanza, nessuno dirà che il fr. 1 D. de tigno iuncto, così com'è, non si possa far rientrare nel sistema; perchè, come ho notato altra volta ²⁶⁾, anche in ciò che riguarda le parole *is qui convictus est iunxisse*, l'accento all'actio ad exhibendum, subito dopo soggiunto al § 2, dimostra che il congiungitore è supposto possessore dell'edificio di cui si tratta.

4. Gli altri frammenti relativi al nostro argomento, fr. 7 § 10, D. 41, 1 di Gaio (= § 29 Inst. 2, 1), fr. 7 D. 10, 4, fr. 23 § 6 D. 6, 1, fr. 98, § 4 D. 46, 3 tutti e tre di Paolo, non ebbero bisogno di ritocchi o di aggiunte; perchè si riferivano al caso ordinario di materiali non furtivi e così all'actio de tigno iuncto in duplum. Ne ebbe bisogno soltanto quel già più volte citato frammento di Paolo ad Neratium, nel quale era contenuta un'espressa menzione di ambedue le azioni de tigno iuncto:

fr. 63 D. de don. inter v. et u' 24, 1 (Paulus, *libro III, ad Neratium*): « De eo, quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum ²⁷⁾ est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse, quia nulla actio est ex lege duodecim Tabularum. Paulus notat: sed in hoc solum agi potest, ut (sola ²⁸⁾ vindicatio soluta re competat mulieri: non in duplum ex lege duodecim tabularum, *quia [quamvis Trib.] decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent; non in quadruplum, neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est* ».

Nerazio ammetteva che si potesse agire (*agi potest*); e s'intende bene ²⁹⁾ con la rei vindicatio, a cui si volge più sotto anche Paolo.

²⁵⁾ Cfr. nota 11. .

²⁶⁾ *Legge delle XII Tavole de tigno iuncto* cit. cap. XVI. Cfr. gli scrittori citt. alla nota 3.

²⁷⁾ *Coniectum*, propone il LENEL, *Edictum*, 2^a ediz. pag. 320, nota 6; e *coniectae*, in luogo di *contunctae*, che si legge poco dopo. Non so tuttavia, se si debba tener conto che l'inizio del fr. può essere stato rimaneggiato dai Compilatori: BREMER, *Jurisp. Antehadr.* II, 2, pag. 336. Cfr. RICCOBONO, l. c. vol. 53, pag. 523.

²⁸⁾ Per la eliminazione di questa parola, *che poté nascere per geminazione nelle successive ricopie del testo*, cfr. RICCOBONO, l. c. vol. 53, pag. 533, n. 1.

²⁹⁾ Cfr. l'esposizione e i richiami di RICCOBONO, l. c. vol. 53, pag. 530 e segg.

Egli dava nel nostro caso la rei vindicatio, perchè non può aver luogo nessuna delle azioni che la legge delle XII Tavole aveva stabilito per il tignum aedibus alienis iunctum: non quella in duplum, come nota in ultimo Paolo, perchè la congiunzione è in sostanza avvenuta col consenso del proprietario³⁰; non l'altra in quadruplum, perchè i materiali non sono e non possono per tale congiunzione diventare furtivi. Che Nerazio con la sua motivazione (*quia nulla actio est ex lege duodecim Tabularum*) si riferisse e dovesse riferirsi anche a quell'azione a cui dà luogo la conceptio, quando il tignum è furtivo, si ammetterà facilmente, pur da coloro che per avventura non consentissero con noi l'esistenza di una speciale actio de tigno iuncto concepto. È chiaro allora come e in che senso le parole finali *neque enim furtivum est, quod sciente domino inclusum est*, accennino alla furtività del tignum, completando quello schiarimento³¹, soggiunto da Paolo alla motivazione di Nerazio. Tolto poi di mezzo il ricordo della speciale actio de tigno iuncto concepto (eliminate, cioè, le parole *non in quadruplum*) i Compilatori si sono trovati in presenza di due motivazioni (*quia decemviros non sit creditibile etc.*; *neque enim furtivum est etc.*); le quali erano diventate inutili. L'espediente a cui hanno ricorso di aggiungere la prima (lie-

³⁰) Il consenso del proprietario dei materiali alla congiunzione esclude l'actio de tigno iuncto (*Legge delle XII Tavole de tigno iuncto* cit. cap. XVIII, n. 18), ma non implica perdita della proprietà (cfr. per l'inquilino, fr. 59 D. de rei vind. 6. 1); onde, come osserva Paolo stesso, la rivendicazione soluta re. Ciò è vero anche nel caso del possessore di mala fede; come risulta dalla c. 2, § 1 C. de rei vind. 3. 32, sebbene le parole *sive bona fide - extractum sit* vi siano interpolate: FERRINI, *Pand.* pag. 393. La diversa opinione di Gaio (fr. 7, § 12 D. 41. 1. = § 30 Inst. 2. 1) non ha importanza per il sistema (DERNBURG, *Pand.* § 203, n. 4). E non escluderei che il passo di Gaio sia interpolato; che cioè il giureconsulto negasse anche nel caso di possessore di mala fede la perdita della proprietà, dando luogo alla rivendicazione soluta re. Il richiamo a una presunta volontà di abbandono o di cessione per parte del possessore di mala fede, quale si ha all'inizio del passo, è diverso dal richiamo di una presunta colpa per parte del medesimo possessore, quale occorre sulla fine del passo (*nam si scit culpa et obici potest, quod temere aedificavit in eo solo, quod intellexeret alienum*). Il concetto di una presunta volontà di cessione può essere stato attinto alla decisione di qualche caso analogo; per esempio, a quello del fr. 27, § 25 D. 9. 2, relativo al rimborso di spese. Il quale però è sostanzialmente diverso, perchè si tratta di un possessore di mala fede senza titolo; di un ladro anzi, perchè ciò che venne appreso nel caso di cui vi si tratta era cosa mobile.

³¹) RICCOBONO, l. c. vol. 53, pag. 533.

vemente mutata a cagione del *quia nulla actio est ex lege XII Tab.* che precede) all'affermazione di Nerazio, conservando le rimanenti parole al suo posto, non può dirsi in tutto felice; più che altro perchè, come sappiamo, soltanto con molto sforzo ³²⁾ le ultime parole del passo, quale ora si legge (*non in duplum, neque enim furtivum est* etc.) possono interpretarsi in modo, da escludere che la furtività sia un requisito dell'actio de tigno iuncto in duplum del diritto giustiniano. Ma alla fine l'espedito non mi pare peggiore di molti altri, cui in simili occasioni hanno ricorso i Compilatori.

5. In sostegno della tesi opposta alla nostra, che la furtività dei materiali sia un requisito dell'actio de tigno iuncto in duplum, ecco come è stata determinata l'alterazione del fr. 63 D. 24, 1 di Paolo dai due scrittori, che più e meglio di ogni altro hanno fatto oggetto di studio il nostro argomento:

(Riccobono): « de eo quod uxoris in aedificium viri ita coniunctum est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi posse [*quia nulla actio est ex lege duodecim tabularum, quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae essent*]. Paulus notat: sed in hoc solum agi potest, ut (sola) vindicatio ». etc.

(Lenel): « De eo quod uxoris in edificium viri ita coniunctum (coniectum?) est, ut detractum alicuius usus esse possit, dicendum est agi non posse, quia nulla actio est lege duodecim tabularum, quamvis decemviros non sit credibile de his sensisse, quorum voluntate res eorum in alienum aedificium coniunctae (coniectae?) essent. Paulus notat: [*sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta re competat mulieri*] non in duplum ex lege duodecim tabularum, neque enim », ecc.

³²⁾ Cfr. nota 14. In ciò che riguarda invece la prima parte del frammento ove si espone l'avviso di Nerazio, l'aggiunta *quamvis non sit credibile*, etc. obbliga soltanto a non riferire le parole *agi potest* all'azione di proprietà. Bisogna allora dire che il giureconsulto accennava, o determinatamente all'actio de tigno iuncto, o vagamente ad un'azione che avrebbe potuto essere anche la conditio ex non concessa donatione (cfr. nota 14). Così s'intendono e giustificano le correzioni, proposte da molti al nostro testo (RICCOBONO, l. c. vol. 53, pag. 537); e segnatamente quella del Mommsen, che aggiunge *alia* all'espressione *quia nulla actio est*, etc.

Secondo il Riccobono ³³⁾, le parole *quia nulla actio - coniunctae essent* sarebbero di origine spuria; attinte da un copista, forse anche dai Compilatori, ad una glossa di tale, *cui era sorto quello stesso dubbio che Paolo nella sua nota per maggiore chiarezza dell'insieme volle eliminare, escludendo, in ogni caso, si ricorresse all'actio de tigno iuncto*. Come si vede, si tratta, con poco più, di quelle parole, le quali forniscono argomento a ritenere che l'actio de tigno iuncto si dava anche nel diritto classico per qualunque sorta di materiali, furtivi e non furtivi. Tuttavia, in sè e per sè considerata, la proposta d'interpolazione non si presta ad obiezioni. Si deve però osservare che, essendo i due giureconsulti, Nerazio e Paolo, discordi sopra un punto di molto generale applicazione, se cioè si dia o no la rei vindicatio per i materiali congiunti non furtivi, fa meraviglia che, nè l'uno, nè l'altro abbiano dato ragione del loro particolare avviso; Nerazio in favore, Paolo contro la rei vindicatio. Ammesso infatti col Riccobono che siano insiticie le parole *quia nulla actio - coniunctae essent*, Nerazio verrebbe a dare la rei vindicatio, non già come eccezione in vista della circostanza che la congiunzione è stata operata col consenso del proprietario stesso dei materiali, ma assai più in generale, solo per il fatto che i materiali non hanno carattere di furtivi. Ora, se il disposto della legge delle XII Tavole fosse stato tale, da lasciare incerto che avesse luogo o no la rivendicazione dei tigna iuncta non furtiva, io credo che e l'uno e l'altro giureconsulto ci avrebbero indicato il motivo della loro particolare opinione; perchè anche in ciò che riguarda l'esclusione dell'azione o delle azioni de tigno iuncto, le motivazioni non sono mancate. Secondo il Riccobono ³⁴⁾, vi sarebbe stata perfino, intorno alla possibilità o meno della rei vindicatio per i tigna iuncta non furtiva, una diversità di

³³⁾ I. c. vol. 53, pag. 535 e segg.; specialmente pag. 540 e 541. La nuova ediz. dei Dig. MOMMSEN-KRÜGER indica come glossa che sarebbe stata dichiarata dal Riccobono le parole *sed in hoc solum - duodecim tabularum*; ma è un equivoco, o un errore di stampa. Vedasi il testo di Nerazio, ricostruito dal Riccobono, I. c. vol. 53, pag. 532. Nella nuova ediz. dei Dig. curata dal Riccobono ed altri non figurano come glossa neppure le parole *quia nulla actio - coniunctae essent*: forse perchè il R. è rimasto sempre incerto, se si tratti di glossa o di interpolazione.

³⁴⁾ I. c. vol. 53, pag. 525, pag. 535. I Proculiani avrebbero ammessa la rivendicazione, i Sabiniani l'avrebbero negata; e nel diritto giustiniano (nonostante l'opinione espressa da Paolo nel fr. 63 D. 24. 1) avrebbe prevalso certamente l'opinione dei Proculiani e la separazione sarebbe stata accordata senza scrupoli.

opinione tra Proculeiani e Sabiniani; una diversità d'opinione, che per quanto autorevolmente affermata, non che dal Riccobono, anche dal Cuiacio, mi pare debba essere negata. Per me, fra i classici esisteva qualche diversità (fuori però della distinzione di scuole) circa a sapere, se vi ha rei vindicatio per i materiali donati da un coniuge, che sono stati congiunti al proprio edificio dal coniuge donatario. E l'avviso che alla fine prevalse, almeno nel diritto Giustiniano, è quello espresso da Paolo nel fr. 63 D. 24. 1, cioè, che anche per codesti materiali, sebbene non si abbia actio de tigno iuncto in duplum, non si ammette rivendicazione, finchè stanno congiunti all'edificio. Ciò non esclude che, quando la congiunzione a un edificio altrui è fatta dal proprietario stesso dei materiali, vi possano essere azioni contrattuali, con le quali il detto proprietario ripete il prezzo dei materiali; come appunto nel caso dell'inquilino di cui al fr. 19 § 4 D. 19. 2³⁵). E non v'è contrasto tra il fr. 15 pr. D. 7. 1³⁶), che nega all'usufruttuario, autore della congiunzione dei materiali, l'ius solvendi e il fr. 43 § 1 D. de leg. I³⁷), che riconosce codesto diritto al marito, il quale ha fatto delle costruzioni sopra il fondo dotale; perchè, almeno nel diritto classico, la condizione del marito rispetto al fondo dotale è tutta diversa da quella dell'usufruttuario. Il marito, essendo proprietario del fondo dotale, ha l'ius solvendi, che non ha invece l'usufruttuario; come, in generale, non l'hanno i detentori alieno nomine, autori della congiunzione di materiali propri all'edificio da essi tenuto.

³⁵) ULPIANUS *ad edictum*: « Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adiecerit, quae actio locum habeat? Et est verius quod Labeo scripsit competere ex conducto actionem [ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat ne in aliquo dum auferat deteriore causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat]. L'interpolazione delle parole finali è stata indicata dal BREMER, l. c. II. 1, pag. 253 e dal PERNICE ivi cit; e mi pare probabile. Il rimborso del danno causato con la separazione può e deve accompagnarsi ad essa; e allora la cautio damni infecti apparisce una inutile complicazione.

³⁶) ULPIANUS, *ad Sabinum*: « Sed si quid inaedificaverit (usufructuarius), postea eum neque tollere hoc neque refigere posse: refixa plane posse vindicare ».

³⁷) ULPIANUS, *ad Sabinum*: « Marcellus etiam scribit, si maritus diaetam in uxoris hortis, quos in dotem acceperat, fecerit, posse eum haec detrahere, quae usui eius futura sint, sine mulieris tamen damno, nec ad hoc senatus consultum (Hosidianum) futurum impedimento », etc. Questo frammento e l'altro pure di Ulpiano, riferito alla nota 35, sarebbero i due passi, dai quali, secondo il RICCOBONO, l. c. pag. 524-527, resulterebbe la particolare opinione dei Proculeiani.

Secondo il Lenel³⁸⁾, Nerazio avrebbe negato che la donna possa agire con l'azione di proprietà, perchè le XII Tavole escludevano ogni azione diretta ad ottenere lo scioglimento dei tigna aedibus alienis iuncta (*quia nulla actio est ex lege XII Tabularum*). E per quanto si possa ritenere (avrebbe aggiunto Nerazio) che i Decemviri escludendo le azioni di proprietà si riferissero verisimilmente al caso di una congiunzione operata senza l'assenso del proprietario, tuttavia l'*intimo fondamento* (*innere Grund*) della proibizione Decemvirale colpisce anche questo caso. Paolo poi avrebbe osservato che è esclusa anche l'*actio de tigno iuncto*, perchè manca il requisito della furtività; e l'osservazione di Paolo sarebbe stata estesa dai Compilatori a comprendere l'eventualità di una rivendicazione a unione disciolta (*sed in hoc solum agi potest, ut sola vindicatio soluta re competat mulieri*). Ecco perchè i medesimi Compilatori avrebbero mutata in affermativa (*agi posse*) la proposizione negativa (*agi non posse*) di Nerazio. Ma, prima di tutto, se Nerazio avesse esclusa la rivendicazione in riguardo al disposto Decemvirale de tigno iuncto, non avrebbe detto *quia nulla actio est ex lege duodecim tabularum*; avrebbe detto *quia lex duodecim tabularum tignum iunctum aedibus alienis solvere vetat* o simili. È strano poi che Nerazio abbia espressa un'obiezione al suo responso, che egli stesso riteneva fondata (*verisimile est*) e che è desunta dallo spirito della disposizione delle XII Tavole, tacendo la risposta all'obiezione, che dovrebbe desumersi anch'essa dall'*intimo fondamento* della disposizione stessa. Lascio da parte che l'aggiunta di Paolo, quando l'*actio de tigno iuncto* in duplum abbia per requisito la furtività dell'oggetto, apparisce ben poco importante. È molto più importante la supposta interpolazione *sed in hoc solum - competat mulieri*, che esprime l'esistenza della rei vindicatio a unione disciolta; perchè, in fin dei conti, ciò che importava conoscere nel nostro caso era l'azione con cui il donante poteva agire, non quelle con cui non poteva. E siccome, affermata la rivendicazione soluta re, risulta esclusa la condicio ex non concessa donatione, alla quale anche scrittori moderni inesattamente si riferiscono³⁹⁾, così l'osservazione riesce proprio opportuna. Che poi lo stile lasci qualche cosa a desiderare, non sembra ragione sufficiente per togliere di mezzo l'osser-

³⁸⁾ *Edictum*, 2^a ediz. tedesca, pag. 320-321.

³⁹⁾ Cfr. nota 14.

vazione, dichiarandola interpolatizia. In tal senso appunto si esprime il Lenel stesso a riguardo della frase *quamvis decemviros non sit credibile - coniunctae essent*, che il Riccobono voleva, come sappiamo, eliminare in vista anche del modo meno felice, nel quale apparisce redatta.

9. Nè il Riccobono, nè il Lenel, esponendo la loro rispettiva proposta critica circa al fr. 63 D. 24. 1 e affermando che l'actio de tigno iuncto in duplum ha per oggetto i materiali furtivi, prendono a considerare i vari luoghi delle Fonti, da noi accennati in principio, nei quali il supposto requisito della furtività non apparisce. Tanto Gaio nel fr. 7 § 10 D. 41. 1 (= § 29 Inst. 2. 1), quanto Paolo nel fr. 23 § 6 D. 6. 1, nel fr. 6 D. 10. 4 e nel fr. 98 § 8 in f. D. 46. 3, dopo avere enunciato il divieto Decemvirale di scioglimento in confronto di qualunque tignum iunctum (*tignum iunctum*, *tignum alienum*) e talvolta in rapporto a una inaedificatio o a una coniunctio operata con materiali, pei quali non si richiama punto la qualità di furtivi (*aliena materia*) fanno seguire a indennizzo del proprietario la menzione della nostra actio de tigno iuncto, che apparisce del pari data per qualunque tignum, anche non furtivo⁴⁰). Se l'azione fosse data soltanto per i materiali furtivi, il suo richiamo dopo una enunciazione del divieto di scioglimento fatta in generale, così da comprendere anche i materiali non furtivi, sarebbe fuori di luogo; e massime se l'azione fosse, come accennano alcuni (Cuiacio, Voigt), una specie di actio furti concepti. Per ritenere che Gaio e Paolo nei passi citati facessero richiamo di un'actio de tigno iuncto furtivo, connessa in un o altro modo al delitto di furto, bisognerebbe supporre che l'intero discorso dei detti passi fosse rivolta alla congiunzione di materiali furtivi; magari ammettendo in proposito l'intervento di alterazioni Giustiniane. Alla quale idea sembra appunto accenni ora il Riccobono; perchè nella bella edizione della Fontes I. R. Anteiustinianiani di recente da lui pubblicata⁴¹), confermando la sua proposta critica circa al fr. 63 D. 24. 1, ha dichiarato probabile che nel fr. 7

⁴⁰) *sed duplum pro eo praestet* (fr. 7, § 10 D. 41. 1 = § 29 Inst. 2. 1); *sed est actio antiqua de tigno iuncto, quae in duplum ex lege duodecim tabularum descendit* (fr. 23, § 6 D. 6. 1); *sed actione de tigno iuncto ex eadem lege in duplum agitur* (fr. 6, § 10 D. 10. 4); *pretiumque eius dari voluit* (fr. 98, § 8 D. 46. 3).

⁴¹) *Fontes iuris romani antetustiniani*. Firenze, 1909, pag. 38 (tab. VI, num. 8, nota B).

§ 10 D. 41. 1 di Gaio, invece di *tignum alienum*, il giureconsulto avesse scritto *tignum furtivum*. Suppongo, per conseguenza, che alterazioni analoghe egli ritenga avvenute nei tre frammenti di Paolo relativi all'argomento, che ho sopra citati; anche perchè, a riguardo dell'ultimo di essi, già innanzi⁴²⁾ il Riccobono aveva affacciato il dubbio che la parola *pretium* non fosse di Paolo. Risulterebbe allora (tralascio ogni quistione intorno allo stato del diritto classico) essere intenzione dei Compilatori che la nostra azione si desse anche per i materiali non furtivi. E se, nel modo e senso proposto o accennato dal Riccobono, i Compilatori avessero interpolato, oltre il fr. 63 D. 24. 1, tutti gli altri di cui si è detto, non si vedrebbe cosa dovessero fare di più, per renderci palese la loro intenzione. Vero è che tutte codeste interpolazioni cadrebbero dove dell'*actio de tigno iuncto* si discorre incidentalmente e mai dove ne è trattato ex professo; voglio dire, nel breve titolo dei Digesti de *tigno iuncto*⁴³⁾. Ma se di tali particolarità si desse una sufficiente spiegazione dogmatica; o meglio, se in ogni modo risultasse (come risulta in effetto) più conforme ai principii generali l'escludere che l'ammettere il requisito della furtività, i Compilatori avrebbero interpolato tanto che basta, allo scopo che si è supposto.

Siamo così, per altra via, riusciti al punto stesso, da cui si erano prese le mosse. Che nel diritto giustiniano l'*actio de tigno iuncto* si dia anche per i materiali non furtivi, mi pare sicuro. Incertò è soltanto, in confronto del diritto classico, il rapporto, per più versi affermato dalle Fonti, della nostra azione con quelle del furto. Probabilmente nel diritto classico, oltre l'*actio de tigno iuncto* in duplum, quale esiste nel diritto giustiniano, si dava una speciale *actio de tigno iuncto* concepto, avente per oggetto il quadruplum; azione quest'ultima, che i Giustiniani hanno bensì tolta di mezzo insieme

⁴²⁾ l. c. vol. 54, pag. 277, nota 1.

⁴³⁾ RICCOBONO, l. c. vol. 51, pag. 279. L'argomento occorre anche in LENEL *Edictum*, 2ª ediz. pag. 321, nota 1 ed ha un valore sistematico molto relativo; perchè, se si suppone che l'*actio de tigno iuncto* in duplum non abbia nulla che fare col furto, sede opportuna a trattarne è proprio la teoria della proprietà. Comunque, l'argomento non dispensa dal dimostrare, a riguardo del sistema, in che modo è più conforme ai principii generali l'ammettere che l'escludere il requisito della furtività; e a riguardo della storia, in che senso Gaio e Paolo nei frammenti citt. alla nota 39 sembrano escludere il detto requisito.

con le altre actiones furto cohaerentes, ma lasciandone traccia manifesta in più luoghi, cioè nei due fr. del tit. dei Dig. de tigno iuncto e nel fr. 63 D. 24. 1. Vedano ora i competenti, se la nostra congettura offre finalmente conciliati gli interessi della dogmatica con quelli della storia e della critica delle Fonti.

(Continua).

MUZIO PAMPALONI.

IL FR. 8 D. DE EO QUOD CERTO LOCO, XIII, 4

SPIEGAZIONE DI UNA 'LEX DAMNATA'

I. — I frammenti della compilazione di Giustiniano che si riferiscono all'*actio arbitraria*, più specialmente chiamata dagli interpreti *actio de eo quod certo loco*, sono pressochè concordi nel dire, che il giudice in questa azione dovesse valutare nella condanna l'interesse del creditore o del debitore ad ottenere od eseguire il pagamento nel luogo fissato. E gli scrittori che si sono occupati della materia, non hanno messo in dubbio che nell' '*actio arbitraria*', nel diritto classico, almeno ad incominciare da Giuliano¹⁾, venisse anche in considerazione l'interesse loci del creditore. La '*condemnatio*', secondo Lenel²⁾, doveva essere concepita nel modo seguente: 'N^m N^m A° A° decem aut si quid *alterutrius* interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam Romae solvi, tanto pluris minorisve condemna s. n. p. a'.

II. — Ciò premesso, il fr. 8 che imprendo ad esaminare e che io reputo fondamentale per questa materia, nella redazione dei Digesti è così concepito:

Africanus, *libro tertio quaes'ionum*: «Centum Capuae dari stipulatus fideiussorem accepisti: ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso promissore peti debebit, id est ut, si alibi quam Capuae petantur, arbitraria agi debeat lisque tanti aestimetur, quanti *eius vel actoris* interfuerit eam summam Capuae potius quam alibi solvi. nec oportebit quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri: neque enim haec causa recte comparabitur obligationi

¹⁾ Ciò si ammette in base al fr. 2 § 8 D. de eo quod certo loco, XIII, 4, in cui Ulpiano, lib. XXVII ad edictum, riferisce «... Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem...».

²⁾ *Das edictum perpetuum*, II Aufl., pag. 339.

usurarum: ibi enim duae stipulationes sunt, hic autem una pecuniae creditae est, circa cuius exsecutionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur. eiusque differentiae manifestissimum argumentum esse puto, quod, si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet quanti *actoris* intersit eam dumtaxat summam quae petetur Capuae solutam esse».

È assai interessante confrontare questo fr. colla relativa 'summa' dell'Anonimo, conservata nei Basilici (XXIV, 9; Heimbach, tom. III, pag. 45); essa è del tenore seguente:

«Ἐάν ἐγγυητὴς ἀπὸ τῆς ἀρβιτραρίας ἐνάγῃται, σκοπεῖται καὶ αὐτοῦ καὶ τοῦ πρωτοτύπου τὸ διαφέρον. καὶ οὐκ αὔξει ἢ κατ'αὐτοῦ ἐνοχῇ ἐκ τῆς ὑπερθέσεως τοῦ ἐναγομένου. οὔτε γὰρ ἔοικε τοῦτο τῇ τῶν τόκων ἐνοχῇ. ἐπὶ μὲν γὰρ τῶν τόκων δύο εἰσὶν ἐπερωτήσεις, ἐνταῦθα δὲ μία. Ὅθεν ἐάν μετὰ ὑπέρθεσιν καταβληθῇ μέρος τῶν χρημάτων, οὐ πάντων, ἀλλὰ μόνων τῶν μὴ καταβληθέντων ἀπαιτεῖται τὸ διαφέρον».

Nella versione latina:

«Si fideiussor arbitraria conveniatur, spectatur et quid *eius*, et quid *rei principalis* intersit: et ex mora rei non augetur adversus eum obligatio: neque enim hoc comparatur obligationi usurarum. Nam in usuris duae sunt stipulationes, hoc casu autem una. Unde si post moram pars pecuniae soluta sit, non totius pecuniae, sed eius tantum, quae soluta non est, utilitas spectatur» 1).

Il frammento di Africano che contiene una delle famose 'leges damnatae' o 'cruces iurisconsultorum' 2), è riprodotto integralmente nella 'summa' dell'Anonimo, sebbene con molta concisione 3).

1) HEIMBACH traduce ἀπαιτεῖται del testo greco con *petitur*; ma su ciò vedi appresso.

2) VAN ECK, *Dissertatio inauguralis de septem damnatis legibus Pandectarum*, nel *Supplementum novi Thesauri* di MEERMAN (Hagae 1780), cap. 4, pagg. 579-581. Per una completa bibliografia su questa legge vedi GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, lib. XIII, tit. 4, § 846, n. 96, trad. it. pag. 146; COHN, *Die sogenannte actio de eo quod certo loco*, pag. 170.

3) Il frammento dei Digesti nel suo complesso e nella sua struttura è genuino nonostante le critiche che su di esso hanno voluto elevare alcuni recenti scrittori. Così DE MEDIO, *Note su alcuni frammenti di Africano interpolati*, nell'*Archivio*

Ma una divergenza fra i due testi salta subito agli occhi. La 'summa' greca dice che nel caso in cui sia convenuto il fideiussore coll' 'actio arbitraria', il giudice deve prendere in considerazione l'interesse loci del fideiussore attualmente convenuto e quello del debitore principale; il sunto anzi ha una certa vigoria: *σκοπεῖται καὶ αὐτοῦ καὶ τοῦ πρωτοτύπου τὸ διαφέρον*. Il testo dei Digesti, invece, non ha la menzione del debitore principale, ma quella del creditore, e la forza del testo greco con quei due *καὶ* svanisce per dar posto ad un *vel*: 'quanti eius vel actoris'.

La divergenza fra i due testi è molto grave; ed io ritengo che coloro i quali credono al domma che i lavori dei coevi di Giustiniano derivino nel loro complesso direttamente dalla compilazione ufficiale,

giuridico, vol. 68, pag. 211, per ragioni puramente formali, ha ritenuto interpolato tutto l'inciso: 'id est.... alibi solvi'. Che questo taglio sia arbitrario, è provato, oltre che da ragioni sostanziali, dal fatto che il testo così ricostruito viene ad avere una insopportabile durezza e cacofonia: '...peti debebit; nec oportebit...'. Del resto, gli indizi formali messi avanti da De Medio non hanno alcun valore. L'*ut* attaccato all'*id est* non è affatto, come crede De Medio, una stonatura; se mai, questa sarebbe una di quelle *inelegantiae* su cui certamente non si può fondare con sicurezza un' interpolazione. La sconcordanza del *petantur* (al plurale) che dovrebbe riferirsi ad *ea pecunia* (al singolare) si può spiegare benissimo ammettendo che si tratti di un errore di copista invece di *petatur*; e fa meraviglia anzi che esso mai sia stato avvertito dagli editori dei Digesti. L'altro argomento, che cioè i classici non adoperassero mai *potius* immediatamente prima di *quam* è gratuito, poichè sono molti i testi, sicuramente genuini, in cui tale uso è fatto; così, per citarne alcuni, Gai III, 87; fr. 125 D. 50-17; fr. 118, 2 D. 45-1; ed in questa stessa materia in una costituzione di Alessandro (c. un. C. 3-18).

Per il resto del fr., De Medio sospetta d' interpolazione il passo, per la ripetizione: *neque enim.... tibi enim*; ma questo modo di scrivere non era punto estraneo ad Africano; si veda ad esempio il fr. 16, 1 D. 33-8 dello stesso giureconsulto: '...neque enim simile id superiori esse; tibi enim propterea...'. Un ultimo sospetto De Medio ricava dall' espressione: *manifestissimum argumentum esse puto*; ma questa forma: 'argumentum rei esse', 'argumentum esse puto' è frequente nelle 'quaestiones' di Africano; si veda fr. 42 D. 35-1; fr. 25 D. 46-8; fr. 38, 2 D. 46-3; fr. 21, 3 D. 46-1; fr. 34 pr. D. 17-1; fr. 38, 2 D. 12-6; se mai, il 'manifestum' del testo genuino poté esser cambiato dai compilatori nel superlativo 'manifestissimum'.

Altrettanto infondata ed arbitraria è poi la recente opinione di BESELER, *Das edictum de eo quod certo loco*, 1907, pag. 101 e seg., che vuol togliere dal testo, come una glossa, tutta la frase 'quod forte... solverentur'. L'erroneità di questa opinione è tanto evidente, che su di essa non credo opportuno insistere; sembra anzi che questo Autore sia troppo proclive ad ammettere glosse; infatti, dei fr. esaminati in quel lavoro, sono ben pochi quelli in cui egli non ve ne riscontri qualcuna.

si troverebbero molto impacciati a spiegarla. Poichè, se l'autore del sunto non si stacca per il resto dal modello che ha dinanzi e riproduce concisamente, ma con fedeltà, tutto quello che in esso si trova, come mai si spiega che nel punto fondamentale relativo all'interesse loci che deve considerarsi in giudizio, l'autore del sunto modifica il modello, alterandone con una sostituzione sostanzialmente e profondamente la decisione giuridica in esso contenuta?

E più particolarmente, non si capisce per quale ragione l'Anonimo avrebbe potuto sopprimere le parole *vel actoris* che si leggono nei Digesti; certamente la modificazione di questa frase non si può riconnettere ad un possibile mutamento del diritto dopo Giustiniano, dal momento che lo stesso Anonimo nel cap. 2 del medesimo titolo dei Basilici e Taleleo nella 'summa' della c. un. C. III-18 (Bas. VIII, 5, 80; Heimb. tom. I, pag. 283) menzionano espressamente l'interesse dell'attore nell'*' actio arbitraria'*.

D'altra parte, donde mai venne tratta la menzione dell'interesse del debitore principale di cui non si ha traccia nei Digesti? Dovette poi essere un caso od un errore che il *vel* del testo giustiniano sia stato tradotto per *καί*?

Queste, evidentemente, sono domande che stando alla credenza che il sunto derivi direttamente dal testo giustiniano, non possono trovar risposta adeguata e plausibile.

Ma invece la spiegazione di questa grave divergenza fra i due testi si può avere, negando appunto tale derivazione. Poichè, se il testo greco contiene degli elementi che non hanno riscontro nei Digesti, e se si considera che l'autore del sunto non avrebbe modificato nulla al modello che importasse un cambiamento sostanziale nel suo dettato, com'è il nostro caso, si deve a forza riconoscere che il modello da cui esso fu tratto non potè essere il frammento delle Pandette, ma un testo che nella parte relativa alla considerazione dell'interesse, conteneva sostanzialmente quanto ora riproduce il sunto.

Se, adunque, appare impossibile la derivazione giustiniana di questa 'summa', quale fu l'originale da cui essa fu ricavata?

A questo punto soccorrono meravigliosamente gli studi del Riccobono sull'origine ed il valore delle collezioni giuridiche bizantine¹⁾.

¹⁾ *Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*, nel *Bull. ist. di dir. rom.* vol. XVIII, pag. 197 e segg., *Valore delle collezioni giu-*

In questo ordine d'idee si deve ammettere, che il testo dei Basilici riproduca integralmente un antico sunto fatto in Oriente dai maestri greci sul frammento genuino del giureconsulto, nel qual frammento non si faceva parola dell'interesse dell'attore ma soltanto di quello del fideiussore e del debitore principale. Questo sunto fu accolto così come stava dall'Anonimo, il quale dimenticò di confrontarlo col testo ufficiale giustiniano, e d'interpolare quindi il *vel actoris* che si leggeva nei Digesti.

III. — Un esame sostanziale dei due testi confermerà pienamente la derivazione classica della 'summa' greca: esso servirà a far riconoscere che, da una parte, la menzione dell'interesse del debitore principale non poteva mancare nel testo genuino, e che dall'altra, l'interesse del creditore vi era assolutamente estraneo.

Infatti, il passo dei Basilici, con quella menzione del debitore principale, ha una visione più comprensiva ed esatta dei rapporti reciproci tra il debitore principale, il fideiussore ed il creditore. Poichè, l'escludere l'interesse del debitore principale nell' 'actio arbitraria' diretta contro il fideiussore, come fa il testo delle Pandette, porta a delle conseguenze evidentemente antiggiuridiche ed inique, qualora l'interesse loci del debitore sia eventualmente maggiore di quello del fideiussore attualmente convenuto. Tali conseguenze ingiuste si renderanno palesi, quando il fideiussore che ha pagato con deduzione *soltanto* del proprio interesse, eserciterà il regresso contro il debitore principale; e ciò si verifica tanto col sistema dell' 'actio mandati' o 'negotiorum gestorum'¹⁾, quanto coll'altro del 'beneficium cedendarum actionum'. Col primo, è il debitore che viene a subire una perdita uguale alla differenza fra il proprio interesse e quello del fideiussore. Col secondo invece, il fideiussore, dopo la cessione dell'azione, convenendo il debitore coll' 'actio arbitraria', viene a per-

ridiche bizantine per lo studio critico del corpus iuris civilis, nei *Mélanges Fitting*, tom. II, pag. 463 e seg.; cfr. pure la *praefatio* ai *Digesta*, Mediolani, 1908, pag. v e seg.

¹⁾ Gli inconvenienti che faccio notare relativamente a questo sistema, si possono ripetere anche riguardo all' 'actio depensi', dato che il testo di Africano, co-a poco probabile, (cfr. LENEL, *Paltingenesia*, vol. I, col. 6, n. 4) si riferiva originariamente alla 'sponsio' piuttosto che alla 'fideiussio'. Lo stesso potrà dirsi ancora riguardo a quell' 'actio in factum', per il regresso del fideiussore, che il LENEL, *Das Edictum*, pag. 237, mette accanto all' 'actio mandati contraria'.

dere una somma equivalente al maggior interesse loci del debitore e che questi ha ben il diritto di dedurre interamente.

Non credo necessario aggiungere quanto queste conseguenze siano strane ed ingiuste, e quanto contradicano apertamente allo spirito dell' *'actio de eo quod certo loco'*, che vuol salva in ogni caso l' *'utilitas'* loci del debitore.

Pertanto si deve concludere, che affinchè si prenda in considerazione l'interesse del debitore nell' *'actio arbitraria'*, non importa che sia convenuto egli stesso od il suo fideiussore, poichè, per le osservazioni fatte, gli effetti giuridici e pratici devono essere in ambedue i casi coincidenti.

E come era necessaria la valutazione dell'interesse del debitore principale, così si può dire che altrettanto era estraneo al frammento genuino l'interesse del creditore.

Ciò è provato in modo non dubbio dal seguito del testo.

Africano, dopo aver parlato della deduzione dell'interesse loci nell' *'actio arbitraria'* diretta contro il fideiussore, continua dicendo: *'nec oportebit quod forte per reum steterit, quo minus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri'*, e più energicamente, nella sua concisione, la *'summa'* greca dice: καὶ οὐκ ἀρξαι ἡ κατ' αὐτοῦ ἐνοχλή. Ora, tale espressione del giureconsulto prova in modo evidente, come nella protasi del testo non si era affatto posta la possibilità che l' *'obligatio'* del fideiussore venisse aumentata in una maniera qualsiasi dalla valutazione dell'interesse dell'attore; poichè, se lo fosse stata ed in modo così grave per l'interesse dell'attore, secondo il fr. 2 § 8 h. t. ¹⁾, la seconda proposizione, or ora riferita, si sarebbe trovata in poca armonia con la sentenza precedente. Ciò è tanto vero, che l'andamento del passo risulta nei Digesti sconvolto profondamente.

Nel frammento genuino, come si può vedere benissimo dalla *'summa'* greca, la connessione doveva essere molto intima fra la proposizione: *'lisque tanti aestimetur quanti eius et debitoris interfuerit eam summam potius quam alibi solvi'*, ed il seguito: *'nec oport-*

¹⁾ «Quid enim si... distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est?... quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum.... et lucri habendam rationem».

tebit... obligationem fideiussoris augeri'. Nella prima parte, il giureconsulto trattava della deduzione dell'interesse del fideiussore e del debitore principale, nella seconda, considerava il rapporto da un altro punto di vista, cioè dalla possibile responsabilità del fideiussore per le 'usuræ' derivanti dalla mora del debitore.

Nel testo giustiniano, invece, cotale armonia svanisce e l'interpolazione anzi dà luogo ad una contraddizione veramente insanabile. Poichè, se prima il frammento dice: 'lisque tanti aestimetur quanti eius vel actoris...', vuol dire implicitamente, in base al fr. 2 § 8 h. t. 1), che la mora nuoce; mentre, poi, il testo continua col dire che la mora non nuoce: 'nec oportebit quod forte per reum steterit quominus... obligationem fideiussoris augeri'.

La contraddizione è evidente e non a torto quindi Huber²⁾ ebbe a scrivere di questo testo, che esso 'ut contradictionis sibi et iuris principiis interque difficillimos Pandectarum habetur'. Gli sforzi che si son fatti per eliminare questa contraddizione non sono stati lievi; si è pure tentato di cambiare la punteggiatura del testo, alterandone così la decisione³⁾; e financo si è voluto attribuire ad errore del giurista l'incongruenza del frammento⁴⁾. Ma quali risultati abbiano dato questi sforzi è facile immaginare.

Non starò qui a fare una lunga rassegna delle varie opinioni messe avanti da scrittori antichi e moderni per eliminare la contraddizione che presenta il fr. di Africano, poichè tutte quante partono dal presupposto falso, che il testo sia stato scritto interamente dal giureconsulto, così come si trova ora nelle Pandette. Mi limito però a riferire solo due opinioni, che fra tutte hanno avuto maggior seguito.

1) «..... et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua.....». È concordemente ammesso dagli scrittori, che la considerazione dell'interesse del creditore sia dipendente dalla mora del debitore.

2) *Eunomia Romana*, Amstelodami, 1724, pag. 532.

3) HASENBALG, *Die Bürgschaft des gemeinen Rechts*, pag. 257 e seg.; su questa opinione vedi COHN, op. cit., pag. 176.

4) KNIEP, *Die Mora des Schuldners*, Bd. I, pag. 261 e segg. Questo scrittore, dopo una lunga disamina del fr., conclude (pag. 279) che la ragione per cui esso è stato annoverato fra le leges damnatae, dipende dal fatto che gl'interpreti credono: 'dass alle Entscheidungen der römischen Rechtsgelehrten nothwendig richtig sein müssten. Hier war man nun an eine verkehrte Entscheidung gerathen. Und eine Verkehrtheit als richtig zu begründen, musste allerdings eine ver wünschte Arbeit sein'!!

La communis opinio fra gli antichi interpreti ¹⁾ riteneva che in questo frammento si parlasse da una parte dell' *utilitas loci*, dall'altra dell' *utilitas temporis*; il giureconsulto, si diceva, afferma la responsabilità per l'interesse loci nell' 'actio arbitraria' contro il fideiussore derivante dalla mora di questi, e la nega riguardo alle 'usurae' ('utilitas temporis') derivanti dalla mora del debitore principale.

Ora, questa distinzione va tutta per aria, se si considera che il giureconsulto parla del pagamento delle 'usurae' come il possibile effetto della mora *quominus Capuae solvatur*, e gli effetti di questa mora non sono le 'usurae' ma tutto quel risarcimento di danni e di lucri mancati di cui è parola al fr. 2 § 8 h. t. Ed inoltre, è impossibile che nella prima parte si parli della mora del fideiussore e nella seconda della mora del debitore, poichè sarebbe più che strano, addirittura inesplicabile, perchè mai gli effetti nei due casi dovrebbero essere diversi: nel primo, il risarcimento dei danni secondo il fr. 2 § 8, nel secondo, soltanto il pagamento delle 'usurae'.

Nè a risultati più accettabili è pervenuto il Dernburg ²⁾ il quale ammette che Africano colle parole 'nec oportebit... augeri' intenda dire, che la responsabilità del fideiussore per la mora del debitore non poteva andare al di là della somma stipulata la quale 'als Maximum und Gränze seiner Verbindlichkeit gilt'.

Poichè, a prescindere dalle considerazioni fatte, basta osservare, come questa strana limitazione del Dernburg contraddice al principio, decisamente affermato nelle nostre fonti, che cioè il fideiussore è responsabile *per intero* di tutte le prestazioni che possono accedere 'ex officio iudicis' all'obbligazione principale ³⁾.

IV. — L'interpolazione dell'interesse del creditore al posto di quello del debitore principale, indubbiamente mette in chiaro una certa preoccupazione dei compilatori ad interpolare l'interesse dell'attore nell' 'actio arbitraria'.

Questa preoccupazione si rileva, poi, evidentissima anche nella chiusa del frammento di Africano:

¹⁾ Più specialmente vedi VOET, *Commentarius ad Pandectas*, ad h. t., § 3.

²⁾ *Das Pfandrecht*, Bd. I., pag. 554 e segg.; in questo senso vedi anche COHN, op. cit., pag. 170 e seg.

³⁾ Cfr. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. II § 477, n. 26, trad. it. Fadda e Bensa, vol. II, parte 2^a, pag. 455, ed i testi ivi citati.

«... si post moram factam pars pecuniae soluta sit et reliquum petatur, officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet quanti *actoris* intersit eam dumtaxat summam quae petetur Capuae solutam esse ».

Questa volta i compilatori furono più radicali sopprimendo addirittura l'interesse del debitore, per dar posto a quello del creditore.

Che l'interesse del debitore dovesse trovarsi nel frammento genuino, non è cosa che si può mettere in dubbio. Infatti, l'interesse del debitore non poteva mancare nei testi, se si tien conto che esso era contenuto nella formula, e che appunto la considerazione di tale interesse evitava la 'plus petitio loco'.

Si veda in proposito il § 33 c., Inst., IV, 6, che tratta della materia:

« Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit: verbi gratia si is, qui ita stipulatus fuerit: 'Ephesi dare spondes?' Romae pure intendat dari sibi oportere. ideo autem *plus petere intellegitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione: propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret...* ».

Ora, se, come si ricava limpidamente da questo passo, scopo della considerazione dell'interesse del debitore, era quello di evitare la 'plus petitio', è evidente come questo interesse dovesse essere considerato in ogni caso, anche se il debitore fosse in mora. Quindi, vien meno la spiegazione che si potrebbe dare della mancanza dell'interesse del debitore nel nostro fr. 8, ammettendo cioè che dopo la mora si dovesse considerare solo l'interesse dell'attore, per la ragione, addotta dal Cuiacio, che 'moratoris utilitatem spectari aestimarique absurdum esset' 1).

Questa limitazione relativamente alla valutazione dell'interesse del debitore, che del resto fra gli antichi interpreti era prevalente-

1) *Tract. III. ad Afric.*, ad h. l., *Opera omnia* (Neap. 1753), tom. I, col. 1282.

mente respinta¹⁾, non risulta in alcun modo provata²⁾. Anzi, a me pare che sia vivamente contraddetta, ed in modo esplicito, da quanto scrive Gaio:

fr. 1 D. h. t., *libro nono ad edictum provinciale*: «... sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, numquam accederet (quod vel *data opera faceret*, vel quia aliis locis necessario distringeretur), ... ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare ».

Quindi, se nei frammenti che parlano di valutazione dell'interesse loci nell' 'actio arbitraria', non poteva mai mancare la menzione dell'interesse del debitore, bisogna ammettere che i compilatori abbiano operato nella parte finale del fr. 8 una sostituzione dell'interesse del creditore al posto di quello del debitore³⁾; tale sostituzione troverà

¹⁾ Per la completa letteratura sul riguardo vedi Glück, op. cit., pag. 138.

²⁾ A sostegno di questa opinione, gli interpreti si sono richiamati al fr. 173, 2, de diversis regulis, 50. 17, Paulus, lib. VI ad Plautium, ed al fr. 37, mandati vel contra, 17, 1, Africanus, lib. VIII quaestionum. Ma a torto. Nel primo, Paolo scrive: «Unicuique sua mora nocet. quod et in duobus reis promittendi observatur». Ora, senza toccare la vexata quaestio a cui questo fr. ha dato luogo (cfr. per tutti WINDSCHEID, op. cit., Bd. II § 295, n. 13, trad. it., vol. II, parte 1^a, pag. 156; FERRINI, *Manuale di Pandette*, pag. 501, n. 2), le parole del giureconsulto: 'unicuique sua mora nocet' non hanno relazione alcuna con la presente questione; esse non vogliono dire altro, che i condebitori solidali non rispondono solidalmente per la mora d'uno di essi. Il secondo fr., che sembra affermare in termini generali 'neutri frustratio sua prodesse debet' non è affatto al sicuro da ogni sospetto d' interpolazione. Vedi su di esso DE MEDIO, op. cit., pag. 236; MARCHI, *Il giuramento in lite e la stima della cosa perita nei giudizi di stretto diritto*, negli *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, vol. I, pag. 176.

³⁾ Contro questa interpolazione della fine del fr., nessun argomento si può ricavare dal verbo ἀπαιτεῖται che si trova nella summa greca, la cui origine classica ho cercato di dimostrare. Ἀπαιτεῖν, infatti, nelle fonti greche non sempre ha il significato tecnico di *petere*, cioè con riferimento alla pretesa dell'attore, ma spesso è usato in modo indeterminato ed è equivalente a σκοπεῖν nel senso di *spectare, venire in iudicio*. Si vedano i seguenti esempi che traggio dai Basilici: Bas. 13, 2, cap. 1, 20 (Heimb. II, 31): Καὶ ἀπαιτεῖ καὶ τὸν προλαβόντα καὶ τὸν μετὰ προκαταρξὶν δόλον ... [«Et in eum (scil. iudicium depositi) venit tam dolus praeteritus, quam admissus post litem contestatam ...»]; cfr. fr. 1, 20 D. 16-3: «Non tantum praeteritus dolus in depositi actione venit sed etiam futurus...». — Bas. eodem, cap. 1, 24 (Heimb. II, 32): ὅθεν καὶ καρπὸς καὶ τοκετὸς καὶ πᾶν τῷ ἔργῳ ἀπαιτεῖ [«... ideo et fructus et partus et omnis causa in eam veniunt»]; cfr. fr. 1-24 D. eodem: «Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam...». — Bas. 13, 1 cap. 5-2 (Heimb. II, 6 e seg.): ... καὶ ἀμέλειαν ἀπαιτεῖται: ... καὶ δόλον καὶ ἀμέλειαν ἀπαιτοῦμεν... ἀπαιτεῖται ἀμέλειαν καὶ ἐπι-

la sua riconferma, come vedrò fra qui a poco, nel contenuto stesso del testo, il quale esclude altresì in modo assoluto la possibilità che il fr. genuino abbia fatto menzione dell' interesse di ambedue le parti, e che i compilatori si siano limitati semplicemente a sopprimere l'interesse del debitore.

V. — Ridotto ora il fr. di Africano al suo dettato originario, scompaiono tutte le difficoltà e le contraddizioni che hanno sempre tormentato gli interpreti, ed il testo riesce così facile e piano. Ciò costituisce una splendida riprova della doppia interpolazione che ho cercato testè di dimostrare.

Scompare infatti la grave ed insanabile contraddizione fra la proposizione: 'lisque tanti aestimetur quanti eius vel *actoris*' ed il seguito: 'nec oportebit quod forte per reum steterit quominus tota centum Capuae solverentur, obligationem fideiussoris augeri'. Più innanzi ho cercato di mettere in chiaro l'ordine logico del giureconsulto e l'andamento del passo intorno a questo punto.

Vengo ora all'ultima parte del frammento: 'eiusque differentiae...' che potrebbe essere un'aggiunta di Africano alla 'quaestio' agitata dal suo maestro.

L'interpretazione di questa parte finora è stata concorde nel senso, che qui il giureconsulto abbia voluto far risaltar maggiormente la seguente differenza fra le 'usurae' e questo interesse loci del cre-

μέλειαν; cfr. per questo passo fr. 5-2 D. 13-6: «Nunc videndum est quid *veniat* in commodati actione utrum dolus et an culpa...». — In questo significato è adoperato ἀπαιτεῖν 9 volte negli scolii a questo capitolo, 3 volte negli scolii al cap. 1, 9 Bas. 13-2 (Heimb. II, 27) e nello scolio al cap. 1, 13, eod. — Senza dilungarmi ancora in esempi, che ἀπαιτεῖν spesso equivalga a σκοπεῖν, è provato dal fatto che in alcuni passi dei Basilici, relativamente alla colpa ed al dolo, viene usato σκοπεῖν invece di ἀπαιτεῖν che si trova nei testi sopra citati. Vedi per il confronto, ad esempio, Bas. 13, 2, cap. 1, 42 (Heimb. II, 37) . . καὶ σκοπεῖται οὐ μόνος ὁ τῶν ὑπεξουσίων, ἀλλὰ καὶ ὁ τοῦ πατρὸς καὶ τοῦ δεσπότου δόλος. [«...et non solum dolus eorum qui in potestate sunt, sed etiam patris et domini *spectatur*»]; cfr. fr. 1, 42 D. 16, 3: «...et dolus eorum *veniat* non tantum ipsorum cum quibus contractum est»; vedi ancora il relativo scolio.

Questi esempi evidenti a me pare che bastino. Quindi a torto Heimbach, sicuramente indotto dal testo giustiniano, traduce ἀπαιτεῖται della nostra summa greca con *petitur*, facendo ingenerare così nella mente del lettore il dubbio, che la valutazione d'interesse loci di cui si parla in quel punto, possa riferirsi all'attore; ἀπαιτεῖται invece, in questo caso, è usato indeterminatamente e va tradotto con *spectatur* o con *venit in iudicium*.

ditore, speciale dell' 'actio arbitraria': le 'usurae', sono *in obligatione* e quindi, perchè esse sian dovute ci vogliono due stipulazioni, una pel capitale, l'altra per le 'usurae', mentre ciò non è necessario per l'interesse loci del creditore che è fatto valere solo *officio iudicis*. Da questo principio, si dice, il giureconsulto ricava delle conseguenze, per il caso di pagamento parziale dopo la mora, inquantochè, se questo interesse fosse 'in obligatione' rimane la petitio di esso anche per la somma che si è pagata, mentre dal momento che è 'officio iudicis', si può considerare solo quello della somma che si domanda, perchè solo su di essa si esercita l' 'officium iudicis'.

Ma questa interpretazione è certamente destinata a cadere dopo le osservazioni fatte avanti sulla prima parte del testo. Poichè è evidente, che il giureconsulto non poteva argomentare da una 'differentia' ('usurae' ed interesse loci del creditore), a cui precedentemente non aveva accennato nè poteva accennare.

Invece, secondo me, la 'differentia' che qui il giureconsulto vuol mettere in rilievo è un'altra, ed è appunto quella 'differentia' fondamentale che domina tutto il frammento, cioè: il debitore certo loco non è responsabile di 'usurae' per la mora, se queste non sono state stipulate; perchè esse siano dovute, sono necessarie due stipulazioni, una pel capitale l'altra per gl'interessi, e se manca quest'ultima, nell' 'actio arbitraria' viene in giudizio solamente la stipulatio pel capitale 'circa cuius exsecutionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur'.

Posta questa 'differentia', nello stesso ordine di idee, Africano viene ad esaminare un altro caso; cioè, se dopo la mora è pagata una parte della somma, il debitore convenuto coll' 'actio arbitraria' non è responsabile della mora, non deve 'usurae', ma l' 'officium iudicis' deve *limitarsi* semplicemente a questo: stimare l'interesse loci del debitore¹⁾, soltanto della somma che si domanda e non di quella pagata, appunto perchè questa deduzione d'interesse avviene 'officio iudicis' e può quindi solo esercitarsi per quella somma su cui verte l' 'arbitrium' del giudice.

Come si vede, la 'differentia' a cui accenna Africano è quella

¹⁾ Se Africano intende dimostrare che la mora 'quominus Capuae solvatur' non nuoce, ciò esclude assolutamente la possibilità che in questo punto il testo avesse menzionato anche l'interesse dell'attore.

fatta immediatamente avanti: 'ibi enim *duae* stipulationes sunt, hic autem *una pecuniae creditae est, circa cuius executionem aestimationis ratio arbitrio iudicis committitur*'.

Ognun vede, ora, come tale 'differentia' non potrebbe essere applicata dal giurista nella sua decisione più esattamente ed in tutte le sue parti.

Quest'ultima decisione di Africano collima perfettamente con quella data nella prima parte del testo. Le due decisioni hanno gli stessi presupposti e gli stessi principi regolatori; la diversità fra i due casi è di mera quantità e di subietti. Poichè mentre nel primo si tratta del fideiussore che non è responsabile della mora del debitore per tutta la somma, nel secondo si tratta di un debitore in genere che non risponde della propria mora per una quota. Infatti, se nella prima parte il giurista aveva esaminato il caso della mora del debitore che non nuoce al fideiussore, ed aveva affermato che questi non deve 'usurae', se non sono stipulate, ciò indusse Africano ad argomentare, molto esattamente, che un debitore in genere, nell' 'actio de eo quod certo loco', non è responsabile, senza una apposita stipulazione, di 'usurae' dipendenti dalla propria mora se egli stesso è convenuto. La ratio decidendi nei due casi è identica, cioè perchè sian dovute 'usurae' in uno *strictum iudicium*, bisogna che esse siano stipulate ¹⁾.

Si può quindi concludere che il principio direttivo delle decisioni contenute nel frammento di Africano è il seguente: nell' 'actio arbitraria' si ha solo una deduzione d'interesse loci del debitore, che avviene 'officio iudicis', ed il convenuto non è responsabile della mora e non è tenuto a prestare 'usurae', da essa derivanti, se non sono stipulate.

Con questo ordine d'idee si elimina facilmente un'altra grave difficoltà e contraddizione che sembra presentare il testo. Difatti, il giurista colle parole 'nec oportebit quod forte per reum steterit quominus... solverentur obligationem fideiussoris augeri', viene a dire che la mora del debitore non nuoce al fideiussore, mentre in moltissimi testi, anche dello stesso Africano, è affermato recisamente il contrario ²⁾.

¹⁾ Su questo principio, prettamente romano, vedi GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 4^a ed., pag. 649; KNIEP, op. cit., pagg. 179-180; F. MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, Beitrag III, Die Lehre von der Mora*, pag. 240.

²⁾ Fr. 24, 1, de usuris et fructibus et causis, 22, 1, Paulus, lib. XXXVII ad edictum; fr. 88, de verborum obligationibus, 45, 1, Paulus lib. VI ad Plautium:

Ma dopo la ricostruzione del contenuto sostanziale del fr., da me fatta, tale contraddizione è più apparente che reale. Poichè, se è vero che la mora del debitore nuoce *sempre* al fideiussore¹⁾, è altrettanto vero ed evidente che il fideiussore non risponde della mora del debitore, se, com'è il nostro caso, di questa mora non è tenuto a rispondere neanche lo stesso debitore.

VI. — La doppia interpolazione dell'interesse del creditore nel fr. 8 e la ricostruzione del pensiero originario del giureconsulto, destano un grave sospetto su questa materia, tanto più grave, in quanto che il fr. 8, da me esaminato, è una 'quaestio' di Africano e la considerazione dell'interesse del creditore, come riferisce il fr. 2 § 8 h. t., è una innovazione del suo maestro, di Giuliano. Il sospetto è legittimo e rende spontanea la domanda: la considerazione dell'interesse loci dell'attore nell' 'actio arbitraria' è totalmente una innovazione giustiniana e per conseguenza sono interpolati tutti i frammenti che lo contengono?

Ecco un problema che ora credo necessario porre per la esatta costruzione, tanto discussa, dell' 'actio arbitraria' nel diritto classico, problema a cui cercherò di dare risposta adeguata quanto prima.

BIONDO BIONDI.

fr. 54, pr., locati conducti, 19, 2, Paulus, lib. V responsorum; fr. 10, rem pupilli vel adulescentis salvam fore, 46, 6, Africanus lib. III quaestionum; fr. 3, 1, de administratione rerum ad civitates pertinentium, 50, 8, Ulpianus, lib. III opinionum; c. 5, de pactis inter emptorem et venditorem, 4, 54, Imp. Gordianus.

¹⁾ Cfr. WINDSCHEID, op. cit., Bd. II, § 477, n. 3, trad. it., vol. II, parte 2^a, pag. 451 e seg.

RECENSIONI

Prof. Enrico Redenti. *Pluralità di parti nel processo civile (Diritto romano)*. Estratto dall'Archivio giuridico « F. Serafini », LXXIX, 1907.

Allo studio della posizione assunta dai giuristi romani di fronte al problema del litisconsorzio poco si è dedicata finora l'attività degli studiosi: dopo le ricerche isolate, ed ormai antiquate, del PLANCK (*Mehrheit der Streitigkeiten*, 1844, p. 105 sgg.), nelle quali la esegesi - spesso precisa e feconda - non è sempre soccorsa da una esatta impostazione della questione, l'argomento non fu più ripreso in esame: non certo possono essere utili le poche pagine premesse dal LUX alla recente *Nothwendigkeit der Streitgenossenschaft* (1905) e riprodotti, con il personale contributo di qualche sproposito, i risultati cui era giunto il Planck.

Proponendosi, come preparazione ad uno studio puramente dogmatico della pluralità di parti nel processo civile, il compito non agevole di risolvere il problema romanistico, il Redenti ha reso agli studiosi del diritto romano un grande servizio: non solo per aver richiamata l'attenzione dei più su istituti giuridici notevolissimi e troppo trascurati, ma soprattutto per aver posti i dati del problema ed averne ricercata la soluzione con precisione e lucidità senza pari, quali solo possono ritrovarsi in chi riunisca alla larga e precisa conoscenza delle fonti la più perfetta padronanza della scienza del diritto processuale. I risultati così ottenuti s'impongono quasi sempre: se mi fermerò in seguito più di proposito sui punti nei quali dissento, amo dichiarare fin d'ora che si tratta di poche eccezioni, e che pur dove dissento ammiro.

Ordinando la materia del suo studio, il R. parte dalla fondamentale distinzione fra tre gruppi di giudizi: giudizi nei quali, deducendosi un obbligo (dovere di condotta) del convenuto, la sentenza opera la trasformazione dell'obbligo stesso in debito di danaro garantito da speciali sanzioni - g. di *condemnatio* pecuniaria; giudizi nei quali l'attuazione dello stato di cose che avrebbe dovuto prodursi per lo spontaneo adempimento dell'obbligo dedotto è operato direttamente dalla sentenza (*adiudicatio, in integrum restitutio*) - g. costitutivi in senso stretto; giudizi in cui si fa luogo, per determinati effetti giuridici, ad una pronuncia relativa non ad un obbligo (dovere di condotta), ma ad un certo dato di fatto - *praeiudicia*, g. di mero accertamento. Al primo e al secondo gruppo, costituenti in sostanza - per essere in tutti i casi dedotto un obbligo giuridico - una categoria sola, il terzo gruppo si contrapporrebbe, secondo l'A., come una categoria nettamente distinta. Senonchè, pure ammettendo l'utilità ed attendibilità della divisione dei gruppi secondo la natura della sentenza o pronuncia, io non credo che la contrapposizione delle due categorie sia sostenibile; credo cioè - con la opinione dominante (cfr. da ultimo KISCH, *Beitr. z. Urteilsst.*, 16-23) - che in tutti i giudizi, anche in quelli di mero accertamento, sia dedotto un obbligo giuridico del convenuto. Argomenti di fatto a sostegno di questa opinione non mi pare facciano difetto. Si pensi ad es.: alla trasformazione - ammessa con molti altri anche dal R. - del giudizio condannatorio di libertà in giudizio di accertamento; se in entrambi, come non è dubbio, si assume la libertà del preteso schiavo (*Stichum liberum esse*), come si potrà ritenere che l'intentio contenga nel primo caso l'affermazione di un obbligo del possessore, nel secondo quella di un mero stato di fatto? Quella che, nel passaggio dall'uno all'altro tipo di processo, risulta, *se mai*, mutata, è la portata della sentenza o pronuncia; ma la posizione dell'uomo libero detenuto come schiavo, di fronte al preteso domino e di fronte ai terzi, resta indiscutibilmente la stessa. D'altronde, non sembra del tutto convincente la *costruzione*, certo attraentissima e suggestiva, dello status e dei *praeiudicia* relativi, che è posta dal R. a base dell'opinione discussa. Lo status non è - egli afferma - «un rapporto giuridico, ma la risultante ideale di particolari atteggiamenti simili o coerenti tra loro che assumono intere categorie di rapporti sociali e giuridici fra un soggetto e tutti

gli altri, in base a certi presupposti di fatto. Questa risultante è la immagine astratta di una posizione o atteggiamento particolare proprio del soggetto e conservato da lui costantemente in tutte quelle intere categorie di rapporti sociali e giuridici... Fra i rapporti, dal cui atteggiarsi risulta lo status, ve ne ha normalmente uno fondamentale, che si ritiene ed appare il solo decisivo, nel senso che l'atteggiarsi di tutti gli altri appare come un mero riflesso di quel rapporto fondamentale. Il quale è sempre un rapporto attivo (in atto o in potenza) o passivo di potestà: *potestas, manus*». Ma, poichè questa dipendenza è soltanto fittizia, ed anzi nella determinazione della risultante (*status*) gli altri rapporti entrano non meno che il fondamentale, la *intentio* del praeiudicium di stato non allude ad un diritto subiettivo e ad un obbligo vero e proprio. L'efficacia decisiva del giudicato sul rapporto fondamentale non può giustificarsi, come si fa di consueto, affermando che «ciò che è tra *A* e *B* è di fronte a tutti tra *A* e *B*»: sono soltanto ragioni pratiche quelle che spingono i legislatori a creare artificialmente una congruenza fra gli atteggiamenti di tutti i rapporti onde risulta la posizione giuridica dell'individuo.

Io credo che a risolvere in diversa guisa il problema della costruzione dello *status* si debba esser tratti quando, invece di ragionare - come si suole - esclusivamente sul concetto di status, si parta da quegli elementi che sono indubbiamente comuni ad esso ed a molte altre posizioni giuridiche. Il fenomeno che il R. nega, e cioè che un rapporto fondamentale diventi normativo per tutta una serie di rapporti ulteriori, è nell'ordinamento giuridico frequentissimo: avviene cioè molto spesso che un diritto subiettivo, contenente la pretesa ad una determinata condotta di uno o di più o di tutti i consociati, sia presupposto di nuove pretese, anch'esse contro uno o più o tutti, ma ad una condotta diversa, cioè di nuovi diritti subiettivi dello stesso titolare, o anche di pretese altrui ad una condotta sua, cioè di nuovi diritti subiettivi di diversi titolari; ed avviene anche che dalla appartenenza di un diritto subiettivo ad alcuno derivino, per lui o per altri, facoltà di porre in essere atti aventi efficacia giuridica (c. d. diritti potestativi). Il rapporto fondamentale di proprietà consiste nella facoltà di pretendere da tutti i consociati l'astensione del possesso della cosa: ma il proprietario ha anche, in quanto e perchè

tale, facoltà di pretendere dai vicini l'astensione da numerose azioni ed omissioni, ed è in questi suoi vari diritti subiettivi tutelato dalle azioni *aquae pluviae arcendae*, *damni infecti*, *negatoria* (*servitutis*) ecc., ed i vicini hanno in suo confronto le stesse pretese-diritti subiettivi; ma il proprietario ha anche, in quanto e perchè tale, facoltà di costituire diritti reali sopra il suo fondo e a favore di esso, o di chiedere - nei modi fissati dalle leggi - il passaggio o l'acquedotto coattivo attraverso il fondo vicino, e può essere obbligato dal fatto del suo schiavo od animale. Per assumere da altro campo un nuovo esempio, il rapporto fondamentale di obbligazione (diritto di credito) consiste nella pretesa del creditore ad una determinata condotta del debitore: ma il creditore ha anche, in quanto e perchè tale, la facoltà di pretendere che ognuno si astenga dall'impedirgli gli atti che in base a quel rapporto sono compresi nella sua sfera di libertà, e di pretendere, nei limiti posti dalle diverse legislazioni, che altri non danneggi nell'oggetto della obbligazione la sua integrità patrimoniale; ha anche, in quanto e perchè tale, la facoltà di cedere il suo credito o di agire contro il debitore del suo debitore. Ora, anche limitandomi ad una così sommaria esemplificazione, io non vedo ragione sufficiente per escludere una costruzione analoga dei vari rapporti cui si dà il nome di *status*. I rapporti (diritti subiettivi) fondamentali sono diversi secondo i diversi *status*, e possono anche essere - a determinare lo *status* di una sola persona - molteplici: rapporto fondamentale è la pretesa del *dominus*, di fronte a tutti, a che il servo sia trattato come tale e come oggetto di proprietà sua, e nel caso inverso la pretesa dell'uomo libero ad esser da tutti trattato come tale; rapporti fondamentali riguardo allo *status* del *filius familias* sono sia la pretesa del padre che nessuno si arroghi la potestà sopra il suo figlio, sia la pretesa del figlio al riconoscimento del rapporto di filiazione; e la somma di rapporti-diritti subiettivi fondamentali può essere ancor più complessa, soprattutto in materia di stato coniugale. In tutti i modi, al rapporto (o alla somma dei rapporti) fondamentale si riattaccano diritti subiettivi appartenenti al titolare del rapporto fondamentale o ad altri, facoltà sue o di altri, non diversamente da quanto fu constatato in tema di proprietà e di obbligazioni. In ogni rapporto successivo e derivato, il proprietario il creditore il titolare di uno *status* affermano o sentono affermare (implicitamente o espli-

citamente) il loro essere di proprietario di creditore di titolare di uno status; onde la necessità di provare l'esistenza del rapporto-diritto subiettivo fondamentale o di dimostrarlo già provato nel modo più conveniente alla sua struttura. Nessuna differenza è adunque fra i vari casi, se non in quanto essa venga fatta dal linguaggio, che considera in ogni caso quanto esso ha di più appariscente, e cioè in materia di proprietà la signoria giuridica sopra una cosa (= facoltà di pretendere da tutti l'astensione dal possesso), in materia di obbligazioni la pretesa del creditore verso il debitore, in materia di status la posizione del soggetto nei rapporti diversi; ma non sarebbe più scorretto parlare, invece che di status, di rapporto di paternità, di filiazione e così via, invece che di dominium o di creditum, di uno status domini o dello status creditoris: nè è del tutto privo d'importanza il fatto che i nostri pratici parlavano di status hereditatis.

Posto ciò, il giudicato sul rapporto fondamentale *deve* logicamente avere efficacia sul rapporto derivato; ma i diversi tipi di rapporti fondamentali, spesso erga omnes e quindi non suscettibili di giudicato decisivo, limitano la portata del principio a pochissimi casi. Ora, i Romani sono senza dubbio andati molto oltre, quando hanno ad esempio esteso contro e a favore di tutte le parti dei rapporti derivati la efficacia del giudicato di libertà, lasciando soltanto salva la possibilità di nuove petitiones ex libertate in servitutum. Il che non si può giustificare secondo principii, ma deriva evidentemente da criterii puramente pratici; onde non può fare impressione la diversa decisione data in tema di proprietà e di obbligazione nosale dal fr. 6 l. 58. Ma dove si ebbe un vero e proprio giudicato sul rapporto fondamentale, l'efficacia del giudicato stesso sui rapporti derivati è logicamente necessaria: la restrizione del principio ai giudicati sullo *status familiae* è arbitraria, basata com'è sul casuale silenzio delle fonti.

In conclusione, anche nei pregiudizii di stato - e facilmente la dimostrazione si estenderebbe agli altri praeiudicia - è dedotto un diritto subiettivo dell'attore e un obbligo giuridico del convenuto: unica differenza rilevante fra queste azioni e le altre è che, non essendo ammessa la trasformazione dell'obbligo in debito di danaro nè essendo il convenuto tenuto ad atti costitutivi di diritto a favore dell'attore, la sentenza si riduce ad una mera pronunzia sul diritto

e sull'obbligo. Il che non toglie la necessità della distinzione fra i tre gruppi, e la opportunità di procedere sulla base di essa alla diversa classificazione, secondo che i vari giudizi consentano o escludano o richiedano il litisconsorzio.

Muovendo dai giudizi condannatorii, il R. riscontra tutte le possibilità accennate. Un litisconsorzio volontario è sempre ammissibile nelle azioni pro parte. Tale è anzitutto la rei vindicatio intentata da più condomini o contro più compossessori, e similmente ogni azione che tenda ad affermare o ad escludere, per i comunisti o contro i comunisti, la signoria (assoluta o limitata o temporanea o eventuale, di diritto o di fatto) sopra una cosa o sopra un patrimonio: azioni confessoria e negatoria di usufrutto, rei vindicationes utiles dell'enfiteuta, del superficiario, del creditore ipotecario, interdetto uti possidetis e simili, hereditatis petitio e interdetti relativi ¹⁾. Soltanto in alcuni casi, come per gli interdetti de vi e de clandestina possessione, al criterio del compossesso si sostituisce quello della responsabilità penale degli invasori, e all'azione pro parte si sostituisce coerentemente l'azione in solidum. Ma il principio della divisibilità della intentio e della condanna risorge per le azioni fondate su responsabilità obiettiva del proprietario e degli aventi diritti reali che gli siano eventualmente parificati (aa. aquae pluviae arcendae, damni infecti, confessoria de servitute oneris ferendi *contro* più condomini del f. servente), e per l'interdictum quod vi aut clam, mentre la natura illecita dell'azione rende solidale l'obbligo dei più qui fecerunt, la limitazione della pretesa dell'attore all' id quod interest dà luogo ad una legittimazione attiva pro parte. Finalmente l'azione è sempre pro parte in materia di obbligazioni divisibili, cioè di gruppi di obbligazioni di più o verso più persone derivanti da un fatto giuridico considerato come sostanzialmente unico. In tutti i casi veduti, le varie pretese pro parte sono necessariamente omogenee, onde possono sommarsi ed essere dedotte in un giudizio unico, nel quale sia ricercata la esistenza o inesistenza della premessa comune, ma possono anche, senza inconvenienti pratici, essere dedotte in giudizi separati: le fonti affermano, per ciascuna azione, la duplice possibilità. Diverse sono le regole se, per la natura del diritto

¹⁾ Cfr. ora sulla *hereditatis petitio partitaria* il P. Lips. I 93 e MITTEIS, *Ztschr. Sav.-St.*, XXVIII, 391 sgg.

e dell'obbligo dedotti in giudizio, la intentio e la litis contestatio siano necessariamente in solidum: il che avviene sia nelle azioni confessorie e negatorie di servitù (salvo il caso già visto della azione de servitute oneris ferendi), sia nelle azioni a tutela di obbligazioni indivisibili o solidali-correali.

Qui mi fermo. Pare all'A. evidente, che dalla esclusione della iterazione dell'azione in solidum, e cioè dalla sua consumazione in seguito alla litis contestatio da parte di uno dei più obbligati o dei più aventi diritto, derivi indiscutibilmente la esclusione della pluralità simultanea, cioè del litisconsorzio: egli adduce anzi a sostegno di questa opinione la analogia delle azioni popolari, per le quali la impossibilità della impetrazione della azione da parte di più simultaneamente sarebbe - a suo avviso - conseguenza necessaria della impossibilità legale della iterazione. Senonchè, a parte la facilità evidente di trovare in materia di azioni popolari ben più gravi ostacoli al litisconsorzio, sembra che il R. stesso riconosca il valore puramente relativo di questa sua conclusione, in quanto riconosce, in base al chiarissimo fr. 17. 1. 59 § 3, che il creditore può chiamare in giudizio simultaneamente i più debitori correali e che i più creditori correali possano chiamare in giudizio il debitore, risultando ipso iure divisa l'azione; con che, se non erro, la esclusione del litisconsorzio, se pure la si voglia affermare, ha una portata esclusivamente dottrinale. Ora, io non vedo perchè non possa accadere lo stesso per gli altri casi. La iterazione della azione, parmi per le prime esclusa; ma per le servitù pare invece evidente la sua ammissione, ferma restando la avvenuta *pronunciatio de iure*, benchè ciò non risulti affermato dai testi¹⁾. Del resto, non so vedere perchè non possano i

¹⁾ Parmi cioè che non siano decisivi i due testi, dai quali si deduce comunemente e dai quali anche il R. deduce la ammissibilità della iterazione della confessoria. Muovo dal fr. 8. 5. 19 (MARC. 5 *reg.*): « Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpa sua, non est aequum hoc ceteris damno esse: sed si per collusionem cessit lite adversario, ceteris dandam esse actionem de dolo Celsus scripsit rell. ». A mio avviso, il R. ha ben giudicato interpolatizia la frase « non est aequum rell. »: a parte la forma poco elegante, è chiaro che il « sed » seguente non potrebbe adattarsi convenientemente se non ad una negazione della iterabilità dell'azione; alla quale si porterebbe appunto rimedio, per il caso di collusione, con la suppletoria a. doli. Il diritto classico non ammetteva dunque che si potesse ottenere, in seguito alla assoluzione del convenuto, una nuova azione. Dal fr. 4 § 3 *h. t.* si vorrebbe de-

creditori o i titolari agire simultaneamente contro l'obbligato, o non possa il creditore o il titolare convenire simultaneamente gli obbligati,

durre il contrario riguardo alla sentenza di condanna, nel senso che i condomini meno diligenti potrebbero agire a loro volta, per pretendere la loro quota del « quanti ea res erit », proporzionalmente all'interesse di ciascuno. Ma la deduzione è radicalmente viziosa. La frase « et victoria et aliis proderit », nella quale dovrebbe contenersi la affermazione discussa, non ha nei Digesti significato univoco, anzi indica molto spesso il vantaggio materiale che dal giudizio tragano gli interessati non comparsi: io affermo che nel caso nostro questo significato è l'unico che le si possa dare. La parte del testo che qui viene in considerazione è la finale: « itaque de iure quidem ipso singuli experientur et victoria et aliis proderit, aestimatio autem ad quod eius interest revocabitur, quamvis per unum adquiri servitus non possit ». Con queste parole sono nettamente distinti due casi: a) che il convenuto ottemperi all'arbitratus, restando così salvo all'attore ed ai suoi condomini il diritto di servitù (*ius ipsum*); b) che egli non restituisca, e sia quindi condannato pecuniariamente. Ora, è appunto riguardo alla prima ipotesi che si afferma « aliis victoriam prodesse »; ed è uno strano fenomeno di perversimento esegetico, che essa sia stata invece riferita *costantemente* al caso di condanna, per il quale il testo afferma soltanto la limitazione della aestimatio all'« id quod actoris interest ».

Ciò non ostante, non credo si possa affermare la esclusione della iterazione della confessoria: sia per lo strano risultato che deriverebbe dalla limitazione della condanna alla soddisfazione di un solo interessato, sia perchè mi sembra molto probabile che le regole della confessoria coincidano con quelle vigenti per parecchi casi di responsabilità obiettiva del proprietario.

Preciso meglio la mia opinione. La soluzione del R., che mira a fissare per tutti i casi di responsabilità obiettiva un sistema armonico, è soggetta intanto ad una limitazione non trascurabile per quanto riguarda l'int. de arboribus caedendis, a proposito del quale il fr. 43. 17. 1 § 5 afferma « singulos dominos habere hoc interdictum et quidem in solidum, quia et servitutium vindicationem singuli habeant »; e la regola è forse da estendere all'int. de glande legenda. Ciò posto, se la a. aq. pl. arc. debba esser regolata come questi rimedii e come la confessoria, o invece come l'a. damni infecti, non può esser dedotto dai principii che l'A. pone. Può quindi anche pensarsi, pur sempre a priori, che la distinzione sia stata posta sulla diversa base, secondo che il domino del fondo *responsabile* sia tenuto a dare o fare qualche cosa o a sopportare; con l'a. damni inf. e con la conf. de serv. on. fer., siamo certo nel primo campo; mentre siamo nel secondo campo con le altre confessorie, coi due interdetti ricordati, e con la stessa a. aq. pl. arc., quando miri soltanto al « patientiam praestari ». Ora, con questa ipotesi si accorderebbe perfettamente il testo su cui meglio si fonda il R., e cioè il fr. 39. 3. 11 § 4: « Quod si is fundus, cui aqua pluvia nocet, plurium sit, agere quidem vel singulos posse: sed damni, quod post litem contestatam datum sit, non amplius parte sua consecuturum: item si opus restitutum non fuerit, non amplius, quam pro parte eorum interfuerit opus restitui, condemnationem fieri oportere ». Nelle quali espressioni io non so leggere se non che, pur essendo dedotto in giudizio l'intero rapporto, la condanna si limita all'interesse del singolo attore, e cioè la stessa decisione che altri testi, e soprattutto il fr. 8. 5. 4 § 3 (cit.

nè vedo alcun ostacolo alla costruzione di formule in cui si *intenda*, ad esempio, « Titio et Maevio ius esse per fundum Cornelianum eund agendi ». In sostanza, i molti testi addotti, oltre a riferirsi molto spesso ai casi più rilevanti, in cui la azione in solidum è sola adatta a conservare integro il diritto (soprattutto al caso in cui il domino di uno dei fondi in rapporto sia condomino dell'altro), non sembrano andar oltre la affermazione della possibilità che un solo agisca per il tutto: ad una necessità - mi sembra - non si accenna mai. Con ciò non pretendo affermare decisamente la ammissibilità del litisconsorzio, ma solo la difficoltà di trarre, dalla struttura dei rapporti e dai testi, una conclusione certa.

D'altronde, il dubbio intorno alla soluzione affermata dal R. è in me alimentato dalla opinione di una affinità sostanziale fra gli ultimi giudizi esaminati e la causa *liberalis*: anche in questa, secondo mi sembra, il singolo condomino deduce contro lo schiavo, e l'uomo libero deduce contro il preteso condomino tutto intero il diritto. Quale sia la posizione della causa *liberalis* di fronte al problema del litisconsorzio è molto discusso, e ancora resta, a mio avviso, discutibile dopo le nuove acutissime indagini del R.¹⁾ Questi afferma,

sopra), esprimono con la stessa chiarezza a proposito della servitù. Che nello stesso fr. 11 § 1) fosse citato in origine proprio in questo senso Cassio, ammette anche il R., e più che mai consono mi sembra, *nel suo stato attuale*, il § 2: piuttosto si potrà ritenere, col FERRINI, col BAVIERA e col SORRENTINO, che siano stati interpolati, insieme col fr. 11 § 1, anche il § 2 *ibid.* e il fr. 6 § 1. Se pure non si ammetta che, mentre per le servitù tutto il peso fu dato alla pronuntiatio de iure e sulla base di questa fu scelta la terminologia, si sia invece per le azioni qui in questione posto mente soltanto alla condanna in sé stessa; il che non è da escludere, quando si pensi che proprio nella prevalenza della pronuntiatio si esprime la concezione realistica dei diritti sulle cose. È naturale che, dove la pronuntiatio era considerata come principale risultato del giudizio, la pronuncia su tutto il diritto facesse considerare l'azione come *in solidum*, nonostante la divisione della condanna; e che invece azioni di struttura non dissimile fossero considerate come spettanti *pro parte*, per il solo fatto che la pronuncia sulla responsabilità del o degli obbligati, pure imprescindibilmente efficace su tutte le condanne ulteriori, risalisse all'occhio dei classici meno che la condemnatio finale.

¹⁾ Queste indagini sono contenute nel capitolo I, dedicato ai giudizi condennatorii, ma richiamate a proposito dei praeiudicia; nonostante le giustificazioni che il R. mutua al LENEL, credo sarebbe stato miglior consiglio lo studiare la causa *liberalis* esclusivamente in tema di azioni di accertamento, richiamando soltanto l'antico carattere vindicatorio, ristretto forse all'epoca delle legis actiones. Nell'epoca classica, è per me indiscutibile che la condemnatio non esiste: se non si parla esplicitamente di praeiudicium, ciò deriva dal fatto che la affermazione

sulla base del fr. 40. 12. 30, la ammissibilità di successive azioni pro parte: agli inconvenienti e problemi pratici derivantini, un senatoconsulto non avrebbe trovato altro rimedio che la imposizione al magistrato di « mittere ad eundem iudicem » i condomini *che si presentassero simultaneamente in iure* (fr. 8 *h. t.*). Ora, che il fr. 30 presupponga la possibilità di una « petitio in servitutem ex parte dimidia separatim », e che non vi sia quindi ritenuta giuridicamente inammissibile, ma solo scabrosa nelle conseguenze pratiche, la contraddittorietà dei giudicati, è, nonostante le interpolazioni¹⁾, certissimo; ma non deve dimenticarsi che il testo è estratto da Giuliano, 5 *ex Minicio*, e che probabilmente in esso non parla mai il commentatore, bensì soltanto il vecchio giurista, vissuto in tempi nei quali il ricordo dell'antico carattere vindicatorio della petitio ex l. in serv. poteva ancora intorbidare il nuovo tipo di processo con sopravvivenze incongruenti. Ma nel fr. 8 Ulpiano parla ben altro linguaggio; ed io non credo che, fra i presupposti in base ai quali il recente senatoconsulto da lui citato impone di « mittere ad eundem iudicem », si possa includere la simultanea comparizione in iure. La frase « dicentes esse communem » non sembra decisiva in questo senso, anzi pare piuttosto diretta a fissare il contrapposto fra i più affermantanti contro lo schiavo il loro dominio parziale e i più pretendenti al dominio solitario (« ceterum si unusquisque suum esse in solidum, non in partem dicat, cessat SC. »); si avverta anche che la ragione della diversa soluzione accolta per questa seconda ipotesi è che « timor (non) est, ne varie iudicetur », e che sarebbe un ben debole scampo a questo timore la limitatissima innovazione supposta dal R. Il secondo attore deve dunque esser sottoposto, in tutti i casi, allo stesso giudice già investito della controversia: dico *della controversia*, e non, come dovrei dire se credessi anche per l'epoca ulpiana ad una azione pro parte, *della prima controversia*. Che infatti il singolo condomino deduca in giudizio l'intero rapporto, e che ciò escluda la iterazione dell'azione, parmi evidente in base al fr. 44. 2. 29 pr. (Papin.

della servitù trae seco atti di esecuzione materiale, e perciò anche un certo iussus del giudice (*duci tubere*).

¹⁾ Alla interpolazione del periodo finale (« commodius autem est rell. »), osservata dal RICCOBONO e dal BONFANTE, è da aggiungere quella delle parole: « commodissimum est eo usque cogi iudices, donec consentiant: si id non continget ». Cfr per la soluzione classica della questione il caso analogo del fr. 7 § 3 *h. t.*

li *resp.*): « *Iudicatae quidem rei praescriptio coheredi, qui non liti gavit, obstaro non potest, nec in servitutem videtur peti post rem pro libertate iudicatam nondum ex causa fideicommissi manumissus: sed praetoris oportet in ea re sententiam servari, quam [quamquam scr. Mo.] pro parte victi praestari non potest; nam rell.* ». Non è facile intendere a qual tipo di controversia il testo si riferisca; ma è certo, sia dalle parole riprodotte sia dal confronto che segue con la querela inofficiosa, che si tratta di una controversia in qualche modo relativa ad una eredità deferita a due coeredi, che dalla decisione dipende la sorte di schiavi manomessi per fideicommissa, e che uno dei coeredi ha agito ed ha perduto la causa. Ora, l'altro coerede vuole agire a sua volta, e Papiniano giustifica la iterazione della azione osservando che non osta la exceptio rei iudicatae e che il « nondum ex causa fideicommissi manumissus », « non videtur peti ex servitute in libertatem ». Il che, se non erro, contiene la attestazione implicita della impossibilità della azione nel caso in cui si rinnovi la petitio ex servitute in libertatem. Concludendo, in tema di causa liberalis il rapporto è dedotto interamente in giudizio dal singolo condomino; ma ciò non toglie che il litisconsorzio sia ammesso, e che i più possano far valere simultaneamente la pretesa, e che, anche comparando posteriormente alla litis contestatio ma prima della sentenza, il secondo condomino possa esser rinviato a giudizio accanto al primo: non è detto se come attore principale o come interveniente, nè con quali mezzi procedurali, ma non pare che, in tema di azioni di accertamento, la questione sorga, o almeno che possa avere grande importanza. Tutto ciò può - mi sembra - essere interessante anche per la interpretazione dei testi relativi alle azioni condemnatorie in solidum: che sia qui possibile, dopo la litis contestatio con uno dei titolari o obbligati, il « mitti ad eundem iudicem », è certamente molto difficile; ma - ripeto - non vedo ragione sufficiente per escludere il litisconsorzio anche per l'ipotesi di simultanea comparizione in iure.

Il « mittere ad eundem iudicem », che in tema di causa liberalis accenna soltanto al trattamento da fare a litiganti che si presentano in giudizio, ha invece ben altro valore nei rescritti imperiali che lo imponevano riguardo al iudicium tutelare. Uno dei più importanti e sicuri risultati della indagine del R. sta appunto, a mio avviso, nell'aver dimostrato che si riferisce ad un caso di vero e pro-

prio litisconsorzio necessario il fr. 11. 2. 2: «Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sint idonei, convenitur, postulante eo, omnes ad eundem iudicem mittuntur, et hoc rescriptis principum continetur». La interpretazione più agevole, che facilmente si dimostra superiore alle anteriori, è appunto questa: che il tutore convenuto possa domandare e debba ottenere che i colleghi siano convenuti a loro volta e rinviati allo stesso giudice; la frase «quod ceteri non sint idonei», difficile a spiegare qualunque sia la interpretazione e adattabile con qualche sforzo a questa come alle altre, deve probabilmente ritenersi un glossema. La contraddizione tra il fr. 2 cit. (e gli altri testi che accennano al litisconsorzio: fr. 2. 13. 6 § 1; 5. 1. 44; c. 5. 51. 5) e i numerosissimi che accennano ad una azione in solidum si elimina facilmente quando si pensi che il primo si riferisce a giudizi in cui si chiede ai tutori il rendiconto, gli altri a giudizi per responsabilità solidale ex communi gesto: nei primi giudizi si tratta di determinare anzitutto la responsabilità di ciascuno ed è quindi logicamente necessario che tutti contraddicano, nei secondi la responsabilità è già, per il pupillo attore, una premessa. Al iudicium tutelae sono da equiparare gli altri giudizi di rendiconto (contro i magistrati, i procuratori, i socii gestori della azienda sociale); tant'è che il fr. 2. 13. 6 § 1 cit estende, mutatis mutandis, gli stessi principii alla editio degli argentarii, alla quale pure i banchieri sono chiamati non con una azione giudiziaria vera e propria, ma con un procedimento stragiudiziale oppure in via di giurisdizione volontaria. Un nuovo caso di litisconsorzio necessario è introdotto, in epoca tarda, dalla Nov. 99: lo speciale beneficio di divisione ivi introdotto richiede, per determinare la solvibilità, la presenza in giudizio di tutti gli ἀλληλεγγύως δεσφύοντες.

Il caso più interessante di litisconsorzio necessario è tuttavia trovato dal R. fuori del gruppo dei giudizi condannatorii, ma in quello dei giudizi costitutivi in senso stretto. Per tutti i giudizi divisorii, essendo compito del giudice il determinare e attuare la divisione più opportuna, «è giuridicamente necessario che nella formazione della sua convinzione... gravitino equamente tutti gli interessi collidenti, il che processualmente si ritiene verificato solo quando tutti gli interessati siano chiamati a difendersi innanzi a lui». A questa conclusione, che si oppone a quella energicamente sostenuta

dal Planck, sono conformi i più numerosi e precisi dati delle fonti: interessantissimo soprattutto, per la eleganza della decisione, il fr. 10. 1. 4 § 7, dove è negata la possibilità di un iudicium finium regundorum per essere il domino solitario dell'uno dei due condomino dell'altro (cf. la decisione opposta, in tema di confessoria, nei fr. 8. 2. 27 e 8. 5. 14 § 1). Il fr. 10. 2. 2 § 4, apparentemente in contrasto con gli altri, è suscettibile di diverse spiegazioni.

Molto poco può rilevarsi dalle fonti in merito ai tipi di giudizio non condannatorii nè divisorii. Per il secondo gruppo di giudizi costitutivi, le in integrum restitutiones, i testi rilevano più volte la *possibilità* di un litisconsorzio: si tratta, in tutti i casi, di restituzione contro un fatto giuridico sostanzialmente considerato come unico, che abbia creato a favore di più persone parvenze di diritti o che abbia lesi sostanzialmente i diritti di più — caso del tutto affine a quello dei giudizi condannatorii pro parte. Ma anche qui può congetturarsi la necessità del litisconsorzio per i casi in cui il fatto giuridico ha avuto *necessariamente* effetto per più persone; ad esempio per la restitutio in integrum contra una avvenuta divisione. — Nulla poi ci vien detto dalle fonti riguardo ai veri e proprii praeiudicia; ma già si videro i principii dominanti per la causa liberalis, anche essa — come si disse — giudizio di mero accertamento, e le conclusioni, qualunque siano, possono senza dubbio estendersi all'altro caso per il quale può pensarsi a più pretese parziali relative al rapporto fondamentale, cioè al caso del praei. an libertus sit.

Tali i dati delle fonti riguardo alla posizione dei diversi giudizi di fronte al problema del litisconsorzio. Molto meno sappiamo del regime processuale del litisconsorzio stesso. Probabilmente, il magistrato classico, al quale non si presentino tutte le parti necessarie a costituire il giudizio, può, di sua iniziativa o su istanza della parte interessata (« postulante eo » - fr. 11. 2. 2), denegare l'azione: la postulatio può avere valore di recusatio actionis, e adempiere così alla funzione della exceptio plurium litisconsortium, per diritto romano inammissibile. D'altro poco o nulla sappiamo, tranne che alla translatio iudicii in seguito alla morte di una delle parti si applicano le regole stesse che si applicherebbero alla prima costituzione del giudizio: notevole dal punto di vista teorico è che i Romani sembrano sempre concepire come unico il processo, come unica la sentenza.

Nel che è d'accordo, ragionando in astratto, il R., soltanto quando si tratti di litisconsorzio necessario. « Invece, nei giudizi in cui il litisconsorzio non è necessario, fra ciascun attore e ciascun convenuto si costituiranno in origine altrettanti rapporti... distinti, sebbene simultanei e costituiti con lo stesso giudice »; soltanto quando, nel primo stadio funzionale del processo (*in iure*), sia constatato che la controversia volge intorno ad una premessa comune, i rapporti processuali svoltisi finora distinti si fondono, nel secondo stadio funzionale, in un rapporto unico.

Esaminando così le conclusioni a cui il R. perviene, non pretendo di aver fissato tutta la somma di risultati e di ipotesi utili contenute nel suo libro: il romanista e il giurista hanno ben altro ad apprendere da questo lavoro, denso di ricerche e di idee come altri pochissimi ¹⁾. Ma la più importante conclusione che se ne possa trarre è, a mio avviso, questa: che gli studii romanistici offrono ancora all'attività del giurista un immenso campo inesplorato. La attuale divisione del lavoro ha prodotto, a mio avviso, un duplice male: nei romanisti, la esclusiva tendenza verso quelle ricerche storiche e filologiche, che ad una scienza eminentemente giuridica dovrebbero essere soltanto preliminari; per i giuristi, la perdita di incomparabili maestri di metodo, senza il cui sussidio la ricerca astratta è troppo spesso priva di un punto di partenza. L'opera di un giurista-romanista merita anche per questo di essere salutata con gioia.

VINCENZO ARANGIO-RUIZ.

¹⁾ Tra le ipotesi storiche del R., mi piace soprattutto ricordarne una: quella che la distinzione fra *lis* e *iurgium*, dominante l'epoca delle *legis actiones*, sia da riconnettere alla distinzione primordiale fra rapporti e controversie intergentilizii ed intragentilizii. È vero - e lo riconosce il R. - che l'una distinzione e l'altra sono, a rigore di termini, ipotetiche; ma non forse se non in quanto è certo « *historiam totam esse hypotheticam* ». Nei limiti in cui è possibile la constatazione, le due accennate distinzioni fondamentali possono ritenersi sicure; nè io vedo come l'ultimo illustre storico del diritto romano (MITTEIS, *Röm. Pr.R.*, I, VIII, 31, p. 7) possa eliminare le testimonianze precise di Cicerone e di Nonio per ridurre la categoria degli *iurgia* ai discutibili processi formulari preebuzii (contro i quali cfr. ora le acutissime osservazioni di GIRARD, *Ztschr. Sav.-St.*, XXIX, 153 sgg.), escludendo così la portata originaria della loro contrapposizione alle *lites*. In ogni modo, quando quelle due distinzioni si ammettano, la geniale ipotesi del R. si impone: personalmente ho potuto constatare, con la verifica minuta consentitami da un breve corso di lezioni sulle *legis actiones*, che essa costituisce il necessario complemento delle acutissime indagini del KARLOWA.

Hermann Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*. — Zweite völlig neue Bearbeitung. — Halle, 1908, pagg. x-130.

L'insigne Maestro di Halle, il cui giubileo scientifico testè si è celebrato, presenta ai cultori di diritto romano la seconda edizione della sua memoria pubblicata nel 1860, già tanto nota ed apprezzata dagli studiosi. Ma in realtà è una nuova opera: basta infatti osservare che la memoria del 1860 comprendeva appena 35 pagine, mentre il presente lavoro ne contiene ben 130. Ed invero non poteva essere altrimenti: poichè tutto il progresso ed il rinnovamento compiutosi dal 1860 ad oggi, nel campo della storia e della critica delle fonti romane, doveva necessariamente influire sulla importanza di un lavoro, come questo del Fitting, che si propone la ricerca dell'*età* e della *successione* degli scritti dei giureconsulti di Roma.

In questa nuova edizione appunto è seguito dall'illustre Autore tale movimento negli studi storici del diritto romano: tutta la recente letteratura, in verità assai abbondante e pregevole, intorno ai singoli giureconsulti, alla loro vita, ai loro scritti, è vagliata e discussa con quella sicura padronanza propria del Maestro; e dobbiamo poi notare con vivo compiacimento, come la letteratura italiana sia tenuta nella dovuta considerazione ed occupi ora in questo libro uno dei primi posti.

Aprire il lavoro (pagg. 1-20) una introduzione sui criteri generali per stabilire l'età degli scritti dei giureconsulti romani. Come è risaputo, l'elemento principale per tale determinazione è costituito dalle citazioni che i giuristi nelle loro opere fanno, sia di altri giuristi, che di imperatori. Ed appunto per questo, il Fitting ha raccolto con accuratezza veramente ammirabile, da ogni singola opera di ogni giurista, tutti i testi in cui ricorrono citazioni, e dopo averle ordinate e raggruppate convenientemente, ne ha tratti gli argomenti per le sue ricerche, ricevendo ora in questo lavoro di collazionamento, come avverte egli stesso nella prefazione (pag. vii), potente aiuto dall'edizione dei Digesti del Mommsen e dalla *Palingenesia* del Lenel, delle quali opere non si era potuto servire nella prima edizione.

Raccolto così il materiale completo delle citazioni fornite dalle nostre fonti, è naturale come il Fitting possa respingere spesso alcuni criteri seguiti dalla *communis opinio* nel valutare dette cita-

zioni, e presentarne dei nuovi. Così (pag. 3 e segg.) riguardo all'uso dell'aggettivo *noster* unito al nome del giurista citato, scarta l'opinione, certo poco fondata, che deduce da ciò l'appartenenza alla medesima delle due famose scuole di giureconsulti, ma invece ne trae un argomento per stabilire non solo un rapporto di amicizia fra lo scrivente ed il citato, o un rapporto di allievo a maestro, ma anche il fatto di essere scrittori coevi.

E più avanti (pag. 5 e segg.), mette in dubbio l'opinione dominante che fa capo al Mommsen [*Die Kaiserbezeichnung bei den römischen Juristen*, nella *Zeit. für Rechtsgeschichte*, Bd. IX, pag. 97 e segg., ristampato nei *Jurist. Schriften*, Bd. II, pag. 155 e segg.] intorno all'uso degli appellativi *divus* ed *imperator* uniti alle citazioni degli imperatori. Questo criterio fondamentale che ammette usare i giuristi l'appellativo 'divus' quando l'imperatore citato fosse già morto, ed 'imperator' quando fosse in vita, non appaga il Fitting: egli vede in questo uso tante eccezioni alla regola, per cui mette in dubbio l'importanza pratica e sicura di essa.

Ma a queste recise affermazioni del Fitting, si può osservare, come le eccezioni a questa regola, oltre quelle che il Mommsen stesso (*Jurist. Schrift.*, Bd. II, pagg. 157-159) aveva spiegato in maniera specifica e soddisfacente, rappresentano sempre una minima parte e non sono poi così numerose da farci respingere senz'altro, come poco sicura, la regola che indubbiamente troviamo applicata in un numero assai rilevante di casi.

Del resto, queste eccezioni, come ha notato il Mommsen (op. cit. pag. 161), in gran parte si trovano in giuristi greci come Menandro, Callistrato, Modestino pei quali è spiegabile l'uso equivoco di quegli appellativi. Riguardo poi alle altre eccezioni che restano, e sono ben poche, un conoscitore delle fonti ed un lettore infaticabile di documenti antichi, come il Fitting, non avrà di certo difficoltà a riconoscere che si possa trattare in certi casi di qualche errore di copista; errore tanto più probabile in quanto che si tratta di sigle e per giunta di un elemento di nessuna importanza sostanziale.

Ed inoltre, non deve affatto escludersi la possibilità che qualche volta si tratti di glosse marginali aggiunte forse da qualche studioso e poi insinuatesi nel testo; così per citarne una molto evidente, nel fr. 39 pr. D. 32, nella chiusa si trova la seguente strana citazione:

«... et *imperator* noster *divus* Marcus hoc constituit»; un'emenda-
zione qui è necessaria, ed è questa volta il Fitting stesso che (pag. 2,
nota c), seguendo il Mommsen (ad h. 1), crede che le parole *divus*
Marcus siano una glossa.

Nè, infine, è improbabile che i commissari giustinianeî, rimaneg-
giando in varia guisa i testi classici, abbiano potuto dar luogo a qual-
cuna di queste anomalie che presentano ora i testi. A questo riguardo
è di somma importanza il rilevare che, mentre nelle fonti classiche
pervenute a noi direttamente, come i 'Fragmenta Vaticana', le 'Insti-
tutiones' di Gaio, le 'Regulae' di Ulpiano, non si riscontra alcuna
eccezione alla regola sull'uso degli appellativi 'divus' ed 'impera-
tor', invece qualcuna di queste eccezioni si trova in qualche fram-
mento, la cui forma assai sospetta, fa supporre l'intervento dei com-
pilatori.

Ed in generale, poi, il fatto di cui si preoccupa tanto il F. che
cioè qualche volta lo stesso giurista, nella stessa opera e nello stesso
libro, adopera per il medesimo imperatore una volta 'divus' ed una
volta 'imperator', rende ancor più probabile l'ipotesi di un'altera-
zione del testo, poichè non è verosimile che un giurista il quale
segua costantemente la regola su questi appellativi, poi a così breve
distanza ne devii.

Però ammettendo tutto questo, vi possono essere dei casi in cui
resta il dubbio se nell'uso di un appellativo ci troviamo dinanzi al
testo così come fu scritto dal giurista, o ad una qualsiasi alterazione
ad esso estrinseca. Ciò è vero per una citazione presa isolatamente;
ma se la citazione si confronta con altre dello stesso imperatore fatte
dallo stesso giurista, o da giuristi contemporanei, e se si controlla il
risultato con tutti gli elementi che si hanno sulla data dello scritto,
è evidente che si può con sicurezza stabilire se siamo in presenza
di una alterazione o meno.

Quindi a me pare che sia un po' esagerato affermare, che l'uso
degli appellativi 'divus' ed 'imperator' nelle citazioni degli impera-
tori, non ci possa dare *alcun* criterio sicuro per stabilire l'età degli
scritti dei giureconsulti di Roma.

Dopo questa introduzione, assai interessante per originalità di
vedute ed acutezza d'intuito, il F. passa all'esame particolare delle
singole opere dei giureconsulti. In questa parte sfilano dinanzi alla

mente del lettore i grandi giureconsulti classici da Giuliano a Modestino. Ad ogni giureconsulto è dedicato un capitolo nel quale il F. cerca d'indagarne le date più importanti della vita, e ne ricostruisce in pochi tratti il carattere e l'efficienza avuta nello sviluppo della 'iurisprudentia'; a ciò segue per ogni giureconsulto un esame particolareggiato e minuto delle singole opere.

Inizia la serie Salvio Giuliano col quale, come scrive bene il F., (pag. 20) incomincia una nuova epoca nella scienza giuridica romana. Del grande autore dell' 'ordinatio edicti' il F. ricostruisce la vita in base all'iscrizione scoperta ad Hadrumetum e crede fissarne con sicurezza la data della morte anteriormente al 169, in base alla chiusa del fr. 17 D. 37-14 (pag. 23). Fra le opere giulianee crede stabilire la precedenza dei libri 'ad Minicium', 'ad Urseium Ferozem', e del 'liber singularis de ambiguitatibus' sui 'digesta'. Intorno a questa maggiore opera di Giuliano, è notevole (pag. 25 e seg.) l'analisi molto fine dei testi i quali provano che i primi sei libri dovettero essere composti prima del 129, data del S. C. Iuventianum.

Passando avanti, nel nome di Pomponio il F. riconosce un solo giureconsulto (pag. 33) e nega che sia appartenuto ad una delle due scuole di giuristi [vedi già da noi Scialoja, *Bull. Ist. dir. rom.*, vol. XIV, pag. 18 e seg.]. Le 'epistulae' e le 'variae lectiones' di questo giureconsulto Adrianeo, sono considerate dal F. (pag. 41) come due distinte opere, e viene assegnata la prima ad un tempo anteriore ad Antonino Pio, la seconda sotto i divi Fratres.

Anche riguardo a Venuleio Saturnino, l'opinione del F. vi ravvisa un'unica persona; la confutazione degli argomenti in proposito è fatta in breve ma molto efficacemente (pag. 45).

Di Marcello, diversamente dall'opinione precedentemente manifestata, il F. pone ora le 'notae' ai 'digesta' giuliane posteriori ai propri 'digesta' (pag. 61).

Scevola è decisamente considerato come il maestro di Papiniano, Trifonino, Paolo (pag. 63 e seg.). In Tertulliano, colla opinione che in questi ultimi tempi tende a prevalere, si ravvisa un'unica persona col padre della Chiesa (pag. 78).

Sulla data dei libri 'ad edictum' di Paolo, il F. (pag. 82 e seg.) mantiene l'opinione già altrove enunciata, che considera l'opera come una delle prime del giurista, ponendola avanti Settimio Severo.

Questa ipotesi, divenuta oggi la dominante, s'infrange però contro alcuni ostacoli che devono ancora esser superati. Così, a parte l'emendazione di Marcianus in Maecianus nel fr. 8 D. 7-9, estratto dal libro 75 'ad ed.' di Paolo [vedi contro l'emendazione Savagnone, *Marciano e la cautio usufructuaria*, nel *Circolo giuridico*, vol. 33, pag. 302 e segg.], l'attribuzione a Paolo piuttosto che ad Ulpiano, del fr. 11 D. 16-2 in cui è citato un rescritto del 'divus Severus', non è un'ipotesi assolutamente priva di fondamento e che si possa scartare a priori. [Vedi per questa attribuzione gli argomenti assai convincenti di Appleton, *Histoire de la Compensation*, pag. 86]

Infine, quel che è più grave, nel fr. 2 § 20 D. 41-4 (libro 54 'ad ed.'), Paolo colla proposizione « Emptori tempus venditoris ad usucapionem procedit », certamente intende riferirsi al rescritto di Severo e Caracalla di cui si parla al § 13 Inst. II, 6; poichè, se si respinge la tesi dello Zanzucchi [*Archivio giuridico*, vol. 72, pag. 356 e segg. e vol. 76, pag. 12 e segg.] sull'origine giustiniana dell' 'accessio possessionis' nell' 'usucapio', attenendosi alla communis opinio [cfr. da recente Mitteis, *Röm. Privatrecht*, Bd. I, pag. 113], non si può affatto disconoscere che sia stato *solo* in seguito a tale rescritto possibile l' 'accessio possessionis' nell'usucapione. Quindi, se Paolo già conosce rescritti del 'divus Severus' e di Caracalla, l'ipotesi del F. è scossa dalle sue fondamenta.

Nel dare questi pochi cenni dell'opera del F., è stata da me lontana l'intenzione di fare un riassunto completo delle opinioni dell'Autore in essa contenute; ma ho voluto solo dare un'idea approssimativa dell'importanza grandissima che essa ha per la storia del diritto romano, e dei forti contributi che vi apporta.

Quando il F. nel 1860 pubblicò la sua memoria su questo argomento, poteva ben dirsi il solo che avesse intrapreso un tale genere di studi. Dietro il suo esempio altri scrittori si sono in seguito rivolti a queste ricerche, ma il libro del F. accresciuto e rielaborato in questa nuova edizione, per l'analisi fine ed acuta, per l'indagine completa ed esauriente, per l'evidenza e la sicurezza dei risultati, sovrasta sempre su quanto sia stato pubblicato in questo campo degli studi

Come conclusione quindi sul lavoro del F., si può bene affermare che esso rimarrà sempre fondamentale per le nostre ricerche e guida

validissima per le successive indagini, indagini però, che difficilmente, allo stato attuale delle fonti, potranno spingersi oltre il punto al quale il Fitting è pervenuto

BIONDO BIONDI.

Libri fondiari e ordinamento catastale nell'Egitto greco-romano.

H. LEWALD, *Beiträge zur Kenntnis des römisch-ägyptischen Grundbuchrechts*. — Leipzig, Veit u Comp, 1909, in-8°, p. 100.

O. EGER, *Zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit Untersuchungen auf Grund der griechischen Papyri*. — Leipzig, Teubner, 1909, in-8°, p. VIII-212.

Il tema dell'ordinamento catastale in Egitto e più propriamente quello della pubblicità della proprietà fondiaria e dei diritti reali che vi si riconnettono, saggiato appena dai cultori degli studi papirologici che ne han fatto oggetto di ricerche sporadiche e saltuarie a proposito dei documenti più notevoli relativi alla materia, di mano in mano che venivano in luce - primo fra tutti quell'editto di Mettius Rufus, ch'era come il perno centrale di tutti gli altri e la pietra angolare di tutte le nostre cognizioni al riguardo - reclamava ancora una trattazione organica ed esauriente. La straordinaria importanza che ha lo studio dei sistemi adottati nell'Egitto greco e greco-romano pel conseguimento dei molteplici scopi privati e pubblici cui tendono (e sogliono tendere in genere) i registri catastali e i libri fondiari - assicurare allo Stato la percezione delle imposte, garantire ai privati la tranquillità dei domini mercè la pubblicazione dei titoli d'acquisto e dei diritti reali sulla cosa altrui - e l'incremento che dall'esame di quei sistemi, così perfetti e stranamente rassomiglianti ai moderni, potrebbero ricevere gli studi sulla proprietà fondiaria non solo della regione egiziana ma anche di altri paesi dell'antichità, apparvero subito agli occhi dei papirologi non appena si vennero pubblicando i primi documenti. Da quel tempo fino ad oggi essi si sono accresciuti a dismisura: pure non tanto, da rendere ancor possibile la soluzione di tutti i problemi, che il grave argomento presenta, e la spiegazione sicura di tutti i dubbi, cui la complessa materia dà luogo. Ma se il momento non è ancor maturo per una ricostruzione

definitiva di quell'ordinamento, anzi degli ordinamenti vari che nella successione dei secoli e delle dominazioni si vennero attuando in Egitto, ben era avvertito il bisogno di un'opera che, mettendo a contributo tutte le cognizioni sin qui acquisite, sfruttasse i documenti nuovi e raccogliesse, ordinandolo ed interpretandolo, tutto il materiale vecchio e nuovo, sì da preparar la via alla ricostruzione storica e dogmatica finale.

Questo han fatto i due giovani papirologi tedeschi, che, educati l'uno alla scuola del Mitteis l'altro a quella del Leist, hanno portato nello studio del tema una solida preparazione papirologica e giuridica nonchè una larga conoscenza sia del materiale nuovo sia della letteratura che v'è fiorita intorno nell'ultimo ventennio.

Riprendendo in esame tutti i papiri che o direttamente o in via soltanto indiretta danno notizia di quell'ordinamento, essi hanno tentato la ricostruzione di questo e la soluzione dei vari problemi che vi si riconnettono, ricercando qual fosse la funzione propria dei libri catastali (se cioè soltanto la pubblicità dei diritti immobiliari per la garanzia e la sicurezza delle contrattazioni, ovvero anche l'accertamento della consistenza e del valore della proprietà fondiaria agli effetti della imposizione dei gravami pubblici), quali i rapporti tra i libri fondiari e il catasto propriamente detto, quale il sistema delle iscrizioni e delle variazioni (se cioè ad ogni singolo titolare di diritti immobiliari corrispondesse un foglio del registro fondiario, ovvero il foglio non avessero che i soli proprietari, di guisa che la iscrizione degli iura in re aliena avvenisse o nel foglio della proprietà gravata o in quello del titolare del diritto), quale l'ordinamento interno dei registri e la procedura per la loro conservazione e rinnovazione; e così via.

E il contributo ch'essi vi portano è veramente notevole, per la diligenza somma con cui i documenti sono in ogni loro particolare utilizzati e per la critica accurata cui vengono sottoposti. Sicchè, sebbene non tutti i dubbi possano dirsi dileguati e non tutte le lacune colmate, cospicui sono tuttavia i risultati finali, anche quando in qualche punto la soluzione data non sembri suffragata del tutto dai testi o appaisca comunque meno accettabile.

Nel dar qui notizia del contenuto delle due opere, dirò separatamente dell'una e dell'altra, e prima di quella del Lewald che ha

preceduto nella pubblicazione l'Eger, sicchè di essa io avevo già scritto quanto segue quando ho potuto leggere la monografia più ampia del secondo. Il quale ha lavorato indipendentemente dal Lewald, di guisa che molte delle indagini di questo sono ripetute nell'altro e parecchi dei risultati ne riescono identici, com'è facile intendere. Ma e l'ordine dato alla materia e la trattazione ne differiscono, soprattutto per la maggiore ampiezza dello svolgimento; che anzi, pur essendo per gran parte comune il materiale, argomenti nuovi vi son trattati, che non erano stati toccati dal Lewald, e persino nelle soluzioni la conclusione è talora diversa e difforme.

I.

1. — Le nostre fondamentali conoscenze in materia di libri fondiari discendono, come tutti sanno, principalmente dall'editto emanato dal prefetto Mettius Rufus nell'a. 89 d. C. e riportato nella celebre 'Petizione di Dionysia' (Oxy. II, 237, col. VIII; v. il testo con versione latina del Bonfante in *Bull. Ist. dir. rom.* XIII, p. 41 e mio commento, *ivi*, p. 61 sgg.; Girard, *Textes* ³, p. 162; Riccobono e Baviera, *Fontes* I, p. 257). Quell'editto ordinava una revisione generale dei libri fondiari, imponendo ai proprietari dei fondi privati (la proprietà pubblica o sacra, γῆ βασιλική, ἱερὰ, οὐσιακή n'era esclusa) nonchè ai creditori ipotecari e in genere ai titolari di ogni altro diritto reale, la presentazione entro il termine di sei mesi della dichiarazione (ἀπογραφή) dei propri diritti, accompagnata dalla indicazione del titolo d'acquisto; la dichiarazione dovevasi fare alla βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων e in base ad essa dovevansi rinnovare i fogli dei libri fondiarii (διαστώματα); i notai e i conservatori degli atti e contratti (συναλλαγματογράφοι καὶ μνήμονες) non dovevano procedere alla confezione dei documenti senza previa autorizzazione dei preposti alla βιβλιοθήκη (βιβλιοφύλακες); ed altre disposizioni eran dettate che garantissero la esattezza dei nuovi elenchi fondiari, prescrivendosi in linea generale che essi fossero sottoposti a revisioni periodiche da rinnovarsi ogni cinque anni, sicchè ogni errore potesse essere sicuramente corretto ed eliminato. Gli elenchi dovevan dunque rispecchiar fedelmente ed in ogni tempo l'attuale condizione giuridica dei singoli fondi, fornendo ai privati il mezzo per premunirsi contro le frodi nelle loro contrattazioni.

Il punto di partenza per la formazione dei διαστώματα era dato pertanto dalle dichiarazioni o professiones (ἀπογραφαι), con cui le parti denunciavano alla βιβλιοθήκη ogni acquisto o passaggio della proprietà privata o la costituzione dei diritti reali o la modificazione ed estinzione di essi. Ma poichè le dichiarazioni potevano esser fatte o caso per caso ogni qualvolta un determinato diritto immobiliare veniva acquistato o modificato, ovvero in via generale da tutti i titolari in occasione delle revisioni dei διαστώματα, opportunamente si possono distinguere le ἀπογραφαι particolari o, come il Lewald le chiama, 'regolari', da quelle 'generali'. Nel più dei casi la distinzione è agevole a cogliersi dal contenuto stesso del papiro (sono, ad esempio, generali Oxy. I, 72; Oxy. II, 247, 358; BGU. II, 420, 459, 536; Fay. 32, 216, ecc.; sono regolari Lips. 3, col II; Tebt. II, 323, 472; Lond. III, 941 pag. 118; 942 p. 119; 945 p. 120, ecc.; vedi del resto l'elenco completo che il L. pubblica in fine del suo scritto); in qualche altro ove la diversità è meno evidente (così in Oxy. I, 76; III, 636; Lips. 8, 9; Lond. III, 940, p. 118) è di sussidio per riconoscerli una ἀπογραφὴ generale lo speciale richiamo che il dichiarante fa a disposizioni emanate dal prefetto per ordinare appunto una revisione dei libri, cosicchè dove l'ἀπογραφὴ si afferma emessa κατὰ τὰ προστεταγμένα quivi è da ritener che si sia in presenza di una ἀπογραφὴ generale. La distinzione tra le due specie ha tra l'altro questa pratica e non lieve utilità, di render cioè possibile lo stabilire in quali anni ebbero luogo revisioni generali dei libri fondiari. E ne risulterebbero infatti ordinate negli anni seguenti:

- a. 63 d. C. (Oxy. II, 248, 250; BGU. I, 112);
- a. 80 » (Oxy. II, 248, 249, 359?);
- a. 90 » (Oxy. I, 72; II, 247, 358; BGU. II, 536);
- a. 99 » (Oxy. III, 481);
- a. 109 » (Oxy. III, 637);
- a. 131 » (Fay. 32, 216; BGU. II, 420, 459; Gen. 27; Oxy. IV, 715; III, 584?);

a cui forse son da aggiungere una nel 129 (Grenfell-Hunt, Oxy. III, p. 169; IV, p. 180, il che però è negato dal L.) e un'altra nel 182 (Grenfell-Hunt, Oxy. II, pag. 179).

Il quadro è certamente incompleto. Quel che se ne desume però è che nè il periodo di 5 anni prescritto da Rufo, nè quello del de-

cennio presunto da Grenfell-Hunt, Tebt. II, pag. 131 (prefazione al n. 323) risultano qui osservati; laonde è da ritenere che, più che periodicamente, le revisioni furon forse praticate a seconda del bisogno che se ne sentiva per lo stato di più o men perfetta conservazione dei registri e di rispondenza di essi alla realtà.

In base a queste professiones la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων, di cui par che un ufficio esistesse in ogni città (uno se n'ha in Ossirinco, Arsinoe, Eracleopoli, Ermopoli, Antinoopoli), procedeva alla iscrizione dei diritti denunciati operandone la trascrizione nei fogli (διαστρώματα), nei quali ogni proprietario o titolare di diritto immobiliare riceveva una intestazione sua e nei quali perciò il sistema seguito era quello del foglio personale. Διαστρώματα sono infatti i 'fogli fondiari' che la βιβλιοθήκη conserva e sui quali iscrive i diritti immobiliari al nome dei singoli titolari. Ma più precisamente, osserva il L., per διάστρομα non deve intendersi il 'singolo foglio personale', la scheda, come noi diremmo, intestata al nome del titolare. Movendo da BGU. I, 11, dal quale risulta che ad un determinato villaggio (κώμη) corrisponde un διάστρομα (l. 13-14: δηλοῦμεν διακε[ισθαι] [διὰ τοῦ διαστρ]ώματος τῆς κώμης) egli nota che - dovendosi escludere la ipotesi che si parli di un foglio personale del villaggio, in cui il κώμη considerato come persona giuridica figurasse quale intestatario e titolare di diritti propri - διάστρομα non può qui intendersi nel significato di 'foglio personale', ma deve intendersi come 'registro o prospetto dei possessori di quel villaggio'. Il termine adunque designerebbe qualche cosa di più ampio del foglio singolo: esso indicherebbe il prospetto, l'elenco di tutte le proprietà e diritti reali, suddivisi poi nell'interno del libro secondo i singoli titolari ordinativi alfabeticamente. E sarebbe perciò ben giustificato il nuovo supplemento ἐκ διαστρώματος in BGU. III, 959, in luogo della primitiva lettura ἐκ διαστρομ(άτων): la indicazione che a queste parole qui segue « στοιχ(εῖον) ε κολ(λήματος) ιζ » additerebbe appunto in qual volume e in quale pagina del διάστρομα quella iscrizione trovasi registrata (Cfr. Weiss, in *Arch. f. Papf.* IV, p. 348, n. 3).

Secondo questa interpretazione, noi non avremmo dunque per ogni singolo possessore o titolare un foglio a parte, su cui vengono annotati tutti i diritti immobiliari a lui spettanti; ma un unico registro, ripartito per villaggi, in cui alfabeticamente ma di seguito i titolari erano iscritti. Ciò doveva dar luogo, io penso, a difficoltà pra-

tiche nella tenuta dei libri, per gli aggiornamenti che vi si dovevano fare in seguito ad ogni nuovo acquisto o trasferimento di proprietà o costituzione o estinzione d'ipoteche e d'altri iura in re aliena. Vero è che in qualche estratto di διαστώματα tra l'uno e l'altro possessore si vede lasciato uno spazio bianco (cfr. ad es. P. Fior. I, 97) destinato evidentemente a ricevere l'annotazione di futuri cambiamenti successivi. Ed è altresì possibile che anche a ripristinar l'ordine alfabetico, che forse non potevasi praticamente rispettar sempre pel succedersi continuo dei mutamenti nella situazione giuridica dei fondi, fossero disposte le periodiche revisioni quinquennali di cui all'editto di Rufo. Ma il sistema ne risultava, comunque, imperfetto, di fronte a quello del foglio singolo.

L'ordinamento interno dei fogli era però quello della iscrizione personale. Ciò è chiaro per quanto attiene alla iscrizione dei diritti di proprietà, in quanto che ad ogni proprietario corrispondeva una iscrizione del libro fondiario. Incerto è invece il criterio adottato per la iscrizione delle ipoteche e degli altri diritti reali. Per questi infatti può congetturarsi: *a*) o che venissero iscritti in foglio separato intestato al titolare del diritto: *b*) o che, spettando solo ai proprietari una intestazione nel libro, le ipoteche e gli altri iura in re aliena figurassero sul foglio del proprietario del fondo gravato; *c*) o infine che in un sistema misto codesti diritti ricevessero doppia iscrizione, una volta al nome del titolare, l'altra al nome del proprietario gravato. Con tutta probabilità, pensa l'a (p. 23), questo terzo sistema, importante una duplice intavolazione, fu quello adottato; ciò sembra infatti potersi dedurre, almeno per le ipoteche, dal confronto di Oxy. II, 274 con Lips. 9 e BGU. IV, 1072, col. I, mentre elementi non v'hanno sinora per ritenerlo esteso anche agli altri iura in re aliena. I quali, quanto alla persona del denunciante, dovevano alla βεβαιοθήκη esser dichiarati dai titolari stessi, come le ipoteche dai creditori ipotecari, non già dai proprietari dei fondi colpiti. L'editto di Rufo, nonostante una apparentemente ambigua costruzione grammaticale, non si presta logicamente ad altra interpretazione: del che, come ben nota il L., danno conferma i papiri Lip. 8 e 9, che sono appunto due ἀπογραφαι regolari emesse da creditori ipotecari per la iscrizione delle ipoteche loro spettanti.

Indipendentemente poi da questi casi speciali, dall'essere i libri

ordinati sul sistema della iscrizione personale (e non reale) discende che di ogni passaggio di proprietà doveva farsi annotamento due volte sui registri (cfr. Oxy. II, 274), l'una sul foglio dell'alienante, per cancellarvi il fondo alienato, l'altra su quello dell'acquirente, al nome del quale il diritto acquistato s'iscriveva mediante registrazione sul foglio già a lui intestato ovvero coll'aprirne uno nuovo s'egli non figurava ancora tra i proprietari fondiari. Gli è a questa ipotesi che vanno riferite le professiones del tipo ἀπογράφομαι πρῶτος (Fay. 31; Lond II, 300, p. 151; Tebt. II, 323; 472), dove il πρῶτος allude appunto al fatto che sinora il dichiarante non ha un proprio foglio nei registri fondiari.

2. — Premesse queste nozioni più generali, il L. si addentra nello studio della complessa procedura che disciplina il funzionamento della βιβλιοθήκη e delle condizioni e presupposti da osservare per ogni singola iscrizione. Come sia importante e diretta la parte che i βιβλιοφύλακες prendono alla conclusione dei negozi attinenti alla proprietà immobiliare, risulta già dall'editto di Rufo che vieta ai συναλλαγματογράφοι, comminando pene ai trasgressori, di procedere alla stipulazione di atti o negozi giuridici senza previo permesso e consenso della βιβλιοθήκη. Lo scopo di siffatta prescrizione era di far sì che negozi traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari non si ponessero in vita, se dai βιβλιοφύλακες non si fosse previamente constatato che tutte le convenzioni e i presupposti di fatto dei singoli patti corrispondessero e fossero in perfetto accordo con le risultanze dei libri fondiari. Ora il permesso o autorizzazione a stipulare (ἐπίσταλμα) era appunto provocato da una istanza del privato proprietario diretta ai βιβλιοφύλακες (προσαγγελία), la quale doveva contenere una esatta riproduzione delle convenzioni progettate, il nome del futuro acquirente e nel caso di vendita il prezzo, in caso d'ipoteca la somma cui questa doveva garantire. Ma προσαγγελία ed ἐπίσταλμα richiedevano a loro volta che il fondo, cui il negozio giuridico progettato si riferiva, si trovasse già iscritto al nome dell'alienante. Mancando la iscrizione, l'ἐπίσταλμα non veniva concesso, perchè i dati di fatto e di diritto su cui il negozio giuridico si fondava non trovavano riscontro nei libri fondiari. E la ragione del rifiuto stava in ciò, che dovendo in base alla προσαγγελία prendersi nei registri

una prenotazione, con questo effetto provvisorio di impedire fino alla stipulazione definitiva dell'atto ogni ulteriore fraudolenta alienazione o disposizione del fondo, la prenotazione si rendeva impossibile se il nome dell'alienante non figurava nei registri come intestatario dell'immobile.

Non crede però il L. che la partecipazione dell'ἐπίσταλμα fosse una condizione *sine qua non* per la validità del contratto, sicché mancando quella non potesse validamente farsi luogo a questo. Egli ammette la validità, perchè, quand'anche il supplemento degli editori all'editto di Rufo « γνοῦσιν ὡς οὐκ ὀφελος τὸ τοιοῦτο » s'abbia a considerare sicuro, la 'inutilitas' dell'atto non deve qui intendersi come 'nullità' (p. 34). La disposizione non avrebbe avuto altro valore che quello d'una prescrizione regolamentare, interna, da cui non era intaccata la sostanza del negozio giuridico compiuto tra le parti.

Ma fino a qual punto è ciò esatto? Può la validità ammettersi incondizionatamente e in modo assoluto? Il divieto è dettato nell'editto in confronto dei συναλλαγματογράφοι e dei μνήμονες, ma la necessità della προσαγγελία e dell'ἐπίσταλμα deve ritenersi estesa anche ai casi in cui l'alienazione si attuava nella forma d'una συγχώρησις; probabilmente si applicava altresì alle alienazioni compiute mediante διαγραφαί, se si tien conto che in esse la banca assume una funzione notarile analoga a quella dei συναλλαγματογράφοι. Non giungeva però l'estensione fino alle alienazioni fatte per mezzo di χιρόγραφα. Da quest'ultima circostanza discende, secondo l'a., la logica illazione che se una alienazione in forma chirografica dava diritto alle parti di ottenere l'iscrizione nei registri pur non essendo stata preceduta dall'ἐπίσταλμα, dovesse l'alienazione in forma notarile sortir lo stesso effetto, anche quando la norma dell'editto non risultasse osservata. Che anzi, non solo l'ἐπίσταλμα poteva senza alcun pregiudizio esser mancato, ma ad ottenersi la παράθεσις non era poi a stretto rigore indispensabile, che almeno l'atto stipulato senza previa autorizzazione dei βιβλιοφύλακες concordasse con le risultanze dei registri fondiari. Ciò appunto si desumerebbe dal pap. Gen. 44, dove sulla base di un δημόσιος χρηματισμός stipulato avanti all'ἄρχειον si domanda e si ottiene la iscrizione dell'oggetto venduto al nome dell'acquirente, sebbene esso non risulti intestato al venditore. Il fatto singolare si ripeterebbe nel pap. Class. Philol. 2 e (secondo una lieve variante di let-

tura proposta dall'autore) anche in BGU. I, 243: anche qui il fondo di cui s'è fatta la vendita e del quale si chiede la intestazione al compratore, non figurava iscritto al nome del venditore: donde risulterebbe ancora che l'atto di vendita (e non si tratta di χειρόγραφα) non sarebbe stato preparato con l'intervento della βιβλιοθήκη, ma contrariamente alle disposizioni dell'editto sarebbesi fatto senza la previa autorizzazione dei βιβλιοφύλακες.

Con queste testimonianze, in verità, si perverrebbe all'inatteso e sorprendente risultato di negare sostanzialmente i principii che reggono l'istituto della προσαγγελία e dell'ἐπίσταλμα; esse scuoterebbero profondamente quanto sapevamo intorno ai rapporti strettissimi che intercorrono tra l'ordinamento dei libri fondiari e la funzione notarile e pubblica dei συναλλαγματογράφοι, degli ἀγορανόμοι e degli altri ufficiali deputati alla rogazione degli atti. Tuttavia io non credo che a tanto si debba giungere.

L'argomento tratto dalle alienazioni immobiliari attuate mediante χειρόγραφα mirerebbe, secondo l'A., a provar ciò: che se un trasferimento di proprietà era possibile per mezzo di un atto privato, cui non prendono parte i notai o gli ufficiali pubblici e al quale non deve quindi precedere nè προσαγγελία nè l'ἐπίσταλμα, e se quindi la emissione di quest'ultimo non è indispensabile per ottenersi la iscrizione nella βιβλιοθήκη, deve potersi ammettere che anche pei συναλλαγματογράφοι e pei μνήμονες vi fosse la possibilità di rogare senza un precedente ἐπίσταλμα l'atto traslativo di diritti reali, il quale doveva aver piena validità ed essere idoneo a produrre iscrizione nei διασπρώματα. Ma l'argomento è, in sostanza, più contrario che favorevole a questa tesi: nella peggiore delle ipotesi sarebbe indifferente alla questione e non gioverebbe alla soluzione sua.

È ben distinto infatti il quesito, se la forma del χειρόγραφον sia per sè valida a trasferire diritti immobiliari e sufficiente per formar la base d'una παράθεσις, dall'altra se, data la sua idoneità a produrre l'iscrizione fondiaria, sia per ciò solo ammissibile che anche i συναλλαγματογράφοι e i μνήμονες potessero far senza dell'ἐπίσταλμα. Perocchè se una norma espressa non vietava di costituire diritti sugli'immobili servendosi della forma del χειρόγραφον, a tutelar tuttavia il commercio ed a salvare i contraenti dai pericoli della mala fede, erano apprestate le forme più perfette dell'istromento notarile e le

discipline più rigorose che lo accompagnavano mediante l'intervento diretto dei rappresentanti la βιβλιοθήκη nella compilazione dell'atto. E queste disposizioni, preordinate ad un fine generale e d'interesse pubblico, non dovevano potersi violare. Se il χειρόγραφον fosse idoneo al trasferimento dei diritti immobiliari, se cioè l'atto pienamente privato, seguito senza la preventiva autorizzazione dei βιβλιοφύλακες, fosse nei rapporti tra i privati valido, noi non sappiamo, ma è verisimile. Sorge però dubbio se, pur essendo valido tra il trasferente e l'acquirente, esso fosse idoneo per l'iscrizione del diritto nei διαστώματα, non essendo inconcepibile una efficacia limitata dell'alienazione chirografica.

E, invero, a pensar ciò potrebbe indurre un singolare papiro di Giessen (P. Giess. Inv. n. 19), di cui l'Eger ha testè pubblicato in riassunto il contenuto (*Arch. f. Papf.* V, p. 132), riservandosi di tornarvi su altrove. In esso si parla di una persona che mediante χειρόγραφον ιδιόγραφον ha acquistato alcuni fondi, ma ha frattanto saputo che gli stessi sono stati dal venditore con altro χειρόγραφον alienati ad un terzo (Petosiris), il quale ha già presentato alla βιβλιοθήκη il suo atto d'acquisto per ottenerne la iscrizione (ἀπογράφεσθαι), proponendosi di rivenderli a sua volta: ed ora il primo domanda che sia trattenuta la vendita sin quando la questione non sarà stata decisa. Donde questo pare si possa congetturare: che o l'iscrizione chiesta da Petosiris era già stata eseguita ed eventualmente essa poteva venir annullata in seguito al riconoscimento della priorità dell'altra vendita e della mala fede del venditore; o la παράθεσις non aveva avuto ancor luogo, e la decisione del magistrato eventualmente favorevole al primo acquirente avrebbe potuto impedirla, rendendo così impossibile o invalida la nuova vendita progettata da Petosiris. Nell'una e nell'altra ipotesi, e altresì in quella d'una decisione sfavorevole al primo acquirente, l'incertezza attuale del rapporto e il pericolo cui ambedue i compratori successivi dovevan vedere esposto il loro acquisto, discendeva appunto dall'aver essi seguito la forma privata senza le cautele, che attraverso la προσαγγελία e l'ἐπίσταλμα offrivano la vendita sinallagmatografica.

In mancanza del testo integrale del documento, non son possibili che congetture e supposizioni. E tra queste è pur quella che il χειρόγραφον di Petosiris sia stato riconosciuto idoneo per operar l'iscri-

zione in suo favore. Ma quel che sembra lecito arguirne è che non può trattarsi di una iscrizione perfetta, con efficacia assoluta. Una contesa è infatti annunciata tra i due successivi compratori: dei quali il secondo (Petosiris), se pur ha iscritto il suo acquisto, non ha evidentemente un diritto perfetto e inoppugnabile (quale dovrebbe scaturire da una iscrizione regolare), perchè il primo, che non ha iscritto l'acquisto proprio, si propone di ottenerne l'annullamento: e la speranza di vittoria dev'essere fondata, s'egli si fa a domandare che sia impedita ogni ulteriore alienazione. Si avrebbe dunque, in ipotesi, una iscrizione meno efficace, annullabile con la prova della esistenza d'una alienazione precedente: ciò che non doveva poter accadere nelle iscrizioni perfette, eseguite in base a regolare ἐπίσταλμα, dappoichè qui nè l'ἐπίσταλμα si sarebbe emesso quando il fondo non fosse risultato di libera spettanza del disponente, nè la invocazione della buona fede avrebbe comunque giovato a chi avesse acquistato in difformità delle risultanze dei libri fondiari o in contraddizione dei termini dell'ἐπίσταλμα.

In ogni caso poi, quand'anche si dovesse ritenere che il χειρόγραφον bastasse per autorizzare i βιβλιοφύλακες ad eseguire una regolare iscrizione, non mi sembra lecito, ripeto, arguire da ciò che, se l'acquisto facevasi per mezzo dei συναλλαγματογράφοι o dei μνήμενες, potessero questi fare astrazione dall'ἐπίσταλμα, senza incorrere nella nullità dell'atto.

Molto maggior peso avrebbe l'argomento desunto dai pap. Gen. 44, Class. Philol. 2 e BGU. I, 243, perocchè è assai arduo compito porre l'accordo quei principii coi dati offerti da questi documenti. Sta in fatto che qui abbiamo una richiesta di παράθεσις, mentre l'alienante non figura iscritto sui διασπώματα. E poichè l'alienazione non è avvenuta in forma chirografica, ma in una di quelle altre forme che, secondo l'editto di Rufo e l'analoga estensione delle prescrizioni di esso, esigevano la previa domanda delle parti e l'autorizzazione della βιβλιοθήκη, è evidente che qui nè προσαγγελία nè ἐπίσταλμα hanno preceduto, chè altrimenti l'acquirente avrebbe avuto notizia della mancata intestazione dell'alienante, mentre d'altro canto i βιβλιοφύλακες, se richiesti, non avrebbero potuto per ciò appunto concedere l'autorizzazione a stipulare. Siamo adunque di fronte a casi che, per quanto anormali, attesterebbero della possibilità di compiere alienazioni (non

chirografiche) pur senza l'autorizzazione dei βιβλιοφύλακες e proverebbero che l'alienazione rimane, ciò non ostante, valida.

Dell'anormalità l'a. tenta una spiegazione (p. 52 sgg.), ponendo il fatto della mancata intestazione dell'alienante in rapporto con una singolarissima clausola, della quale non si ha esempio che nei tre pap. predetti e in un quarto della collezione di Amburgo (comunicatogli dal Meyer, p. 56 n. 2), dove si ripete daccapo la richiesta d'iscrizione senza che l'alienante figuri a sua volta intestato. Con quella clausola il richiedente dichiara che, se per avventura risulti essere altri stato iscritto, prima di lui, come domino o creditore ipotecario del fondo, non debba la domandata attuale παράθεσις costituire ostacolo all'eventuale diritto del terzo: Gen. 44 e Class. Philol. 2: εἰ δὲ φα[νείη ἐτέρῳ προσῆκον ἢ π]ροκατεσχημένον διὰ τοῦ βιβλιοφυλακείου, [μὴ ἔσσεσθαι ἐμπόδιον ἐκ] τῆςδε τῆς παραθέσεως; BGU. I, 243: εἰ δὲ φανείη εἶναι κύριον τ[ὸ] προκατεσχη(μένον) ἢ προπαρακει(μενον) διὰ τοῦ βιβλ(ιοφυλακείου) πρὸ τῆς παραθέσεως καὶ μὴ ἔσσεσθαι ἐμπόδιον ἐκ τ[ῆς]δε τῆς παραθ(έσεως). Ciò significa, osserva il L., che lo scopo della clausola è di rendere possibile la παράθεσις nonostante il difetto d'intestazione dell'alienante.

Senonchè la cosa non è punto chiara. Più precisamente dovrebbe pensarsi che con tale dichiarazione l'acquirente tenda a far sì che, se il suo autore non figura iscritto perchè eventuali passaggi anteriori non sono stati registrati nei διαστρώματα, la iscrizione ora domandata non sia d'ostacolo a far prender nota di quei passaggi; e l'interesse suo starebbe in ciò, che in tal guisa verrebbero colmate le lacune e in conseguenza la intestazione propria ne rimarrebbe regolarizzata e convalidata. Ma i diritti cui il dichiarante allude sono precisamente già iscritti, perocchè della loro esistenza si prevede che possa risultare appunto da la βιβλιοθήκη (εἰ δὲ φανείη... διὰ τοῦ βιβλιοφυλακείου)! Nè si comprende poi perchè, per raggiungere l'intento di voler cioè resa possibile la iscrizione del proprio acquisto nonostante il difetto d'intestazione dell'alienante, il richiedente si esprima in guisa da accennare l'interesse altrui, quasi ch'egli voglia tutelati e salvati i diritti degli altri. Quanto meno, è strana la formulazione come d'una riserva a favor di terzi (' dall'attuale παράθεσις non dover venire ostacolo ai già iscritti '), i quali, essendo stati regolarmente intestati nei διαστρώματα, non avevano davvero bisogno, per la validità della loro iscrizione, del consenso o della concessione del nuovo acquirente!

Piuttosto verrebbe fatto di pensare che, là dove s'accenna alla eventualità di diritti precostituiti (πρὸ τῆς παραθέσεως) a favor d'altri e risultanti διὰ τοῦ βιβλιοφυλακείου, ivi non di diritti regolarmente iscritti si voglia parlare, ma di prenotamenti non seguiti dalla definitiva iscrizione. In altri termini, precedenti acquirenti dall'attuale intestatario del fondo e danti causa di colui che ora aliena senza essere iscritto, avrebbero presentato al loro tempo la προσαγγελία, dando così luogo ad un prenotamento in favor proprio, ma avendo poi ommesso l'ἀπογραφή, la prenotazione non sarebbesi trasformata in iscrizione definitiva. Più particolarmente l'alienante (il quale aveva a sua volta ricevuto da quello che tuttora figura intestato come proprietario o creditore ipotecario), pur non avendo curato la iscrizione del proprio acquisto, apparirebbe comunque siccome avente diritto al fondo per effetto d'un prenotamento; ed a salvar questa provvisoria iscrizione tenderebbe la clausola in parola

Ma una tal congettura è inammissibile. Il prenotamento, fuor dell'effetto di impedire le fraudolente disposizioni nel tempo che corre tra la προσαγγελία o τὸ ἐπίσταλμα e la stipulazione del contratto, non poteva averne altro; non poteva, in particolar modo, dar luogo ad un diritto perfetto qual'è quello che evidentemente ha in vista il dichiarante, quando suppone che alcuno sia proprietario del fondo (κύριον εἶναι), ed autorizzare i βιβλιοφύλακες a considerarlo tale.

La clausola è davvero enigmatica! A ben riflettere, ci aspetteremmo in verità una dichiarazione perfettamente opposta: non dover cioè il fatto che sia iscritto altri diverso dall'alienante costituire ostacolo *alla* richiesta παράθεσις. Ma nè a questa interpretazione si presta la frase μὴ ἔσσεσθαι ἐμπόδιον ἐκ τῆσδε τῆς παραθέσεως; nè è congetturabile che per semplice volontà delle parti si ritenessero i βιβλιοφύλακες autorizzati a derogare alla norma d'ordine pubblico, che richiedeva la precedente intestazione dell'alienante. E si sarebbe tentati, per sperimentare altra via di soluzione, a non ravvisare alcun nesso tra la clausola in parola e il fatto della non intestazione dell'alienante. Al che potrebbe esser d'appiglio la specie offerta in Tebt. II, 318; nel quale la clausola si ripete identica (εἰ δὲ φ[άνειαν ἐτέρ]φ προσή[κο]υσαι ἢ προκ[α]τ[ε]σχημέναι] δι[ὰ] τοῦ βιβλιο[φυλ.]ακείου μὴ ἔσσεσ[θαι] ἐμπόδι[ο]ν ἐκ [τῆσδε τῆς] π[αρ]αθέσεως), ma non fa difetto invece la iscrizione degli autori. Una donna è creditrice ipotecaria di

due proprietari in virtù di due mutui contratti con *ὁμολογία* innanzi al *γραφεῖον*; nella costituzione del debito era stato fatto divieto ai debitori di alienare o d'ipotecare ulteriormente i fondi costituenti la garanzia. Ora la donna nel chiedere l'iscrizione del suo diritto sui libri fondiari, quattro anni dopo la costituzione dei mutui, inserisce nella domanda quella riserva. Perchè mai, se i debitori erano già iscritti come proprietari? Anche qui 'l L. ricorre alla stessa spiegazione. Poichè la iscrizione vien chiesta quattro anni più tardi ed è possibile che, nonostante il divieto d'alienazione (anzi precisamente perchè non era stato trascritto, sicchè non avrebbe acquistato efficacia reale), i proprietari debitori abbiano nel frattempo venduto o costituito diritti reali a favor d'altri, la creditrice vuole con la nota riserva rendersi possibile la *παράθεσις* del proprio diritto.

Come ciò potesse praticamente avvenire è difficile immaginare: nè del resto il L., che siffatta congettura avanza in via del tutto ipotetica, si nasconde la difficoltà d'una logica spiegazione. Perocchè qui non è pensabile una intenzione diretta ad agevolare la iscrizione propria con la iscrizione di eventuali passaggi intermedi. La situazione nei *διαστώματα* era quattro anni innanzi perfettamente regolare per assicurare la iscrizione dell'ipoteca: le eventuali alienazioni successive hanno, col distruggere quella rispondenza tra il *διάστωμα* e i mutui, fatto cadere la possibilità della *παράθεσις* tardivamente domandata.

Purtuttavia, il nesso è visibile tra la clausola e la non intestazione del debitore, qui soltanto supposta dalla richiedente la *παράθεσις*. Ora questo nesso, se deve esso fornir come sembra la chiave dell'enigma, si presta ad una ulteriore spiegazione più plausibile.

Convien premettere - ed è osservazione non sempre tenuta presente e valutata quanto meriterebbe - che quando si tratta di ricostruir dottrine e teorie sulla base di negozi giuridici o in genere di atti compiuti dai privati, è prudente anzi doveroso non dimenticare che, se i privati in via generale per compiere atti validi avran cura di rispettare ed applicare le norme di diritto, talvolta queste possono essere state violate o disapplicate sia per ignoranza sia per deliberato proposito di eludere la legge. Non si può ogni singolo negozio posto in atto considerare a priori siccome compiuto sotto la rigorosa osservanza delle disposizioni positive di diritto, e valutare alla stessa

stregua d'un testo di legge. Sarebbe eccessivo aprioristicamente diffidare di ogni documento solo in quanto compiuto dai privati; ma all'errore o all'ignoranza dei privati, che si servono delle forme e delle regole apprestate dal diritto positivo, deve pur fare una giusta parte. Se il complesso degli esemplari pratici di un determinato negozio mostra costantemente seguita una norma, che solo in qualche caso eccezionale non apparisce osservata, più che il sospetto di una eventuale norma contraria o derogatoria deve aver peso il dubbio, se quei casi eccezionali non costituiscano irregolarità compiute dalle parti.

Ora una irregolarità fu evidentemente commessa, nei primi pap. cit., dagli acquirenti che o non chiesero l'ἐπίσταλμα o chiestolo ed ottenutolo non si attennero alle risultanze dei διαστροφάτα e stipularon la compravendita sebbene il venditore non vi figurasse iscritto; nè in meno grave irregolarità incorse la creditrice di Tebt. II, 318, lasciando trascorrere ben quattro anni senza curare la iscrizione della sua ipoteca e, quel che più monta, la trascrizione del divieto convenzionale di alienazione. L'aver così operato gl'interessati, doveva esporli al pericolo di non poter ottenere la iscrizione, sia perchè non fosse ancora avvenuta la trascrizione del fondo dal precedente intestatario all'attuale alienante, sia perchè comunque un terzo estraneo avesse potuto ottenere precedentemente iscrizione a favor proprio sia come proprietario sia come creditore ipotecario (ἐτέρος può intendersi tanto l'autore dell'alienante, quanto un terzo estraneo divenuto acquirente e intestatario del fondo). I richiedenti sanno adunque, poichè hanno coscienza della irregolarità incorsa, che alla domandata παράθεσις possono ostare difficoltà derivanti o dalla non iscrizione dell'alienante in se stessa considerata o dall'avvenuta iscrizione a favor di terzi. Pur tuttavia la chiedono, ma, com'è ragionevole, dichiarando che la domanda è fatta salvi i diritti dei terzi.

La conseguenza di ciò è adunque se non la nullità dell'atto compiuto senza l'ἐπίσταλμα, una minor sua validità derivante appunto dalla inosservanza di quella regola, che prescriveva la necessità di richiedere l'autorizzazione dei βιβλιοφύλακες e di attenersi ad essa.

A questo punto, e soprattutto in relazione al cit. pap. Tebt. II, 318, sorge ed è brevemente trattata dall'a. una interessantissima indagine. Poichè in alcune προσαγγελίαι l'istante afferma che il fondo

è libero di gravami e soprattutto di ipoteche, l'a. si domanda se l'eventuale esistenza di ipoteche era di ostacolo all'emissione dell'ἐπίσταλμα. E se d'ostacolo, si è dunque di fronte ad un divieto legale d'alienazione dei fondi già ipotecati? E ancora: in quale rapporto sarebbe questo divieto con quello convenzionale, che in molti papiri si vede stipulato tra debitore e creditore ipotecario e in virtù del quale è tolta al debitore la facoltà non soltanto di vendere, ma comunque di disporre della cosa gravata e persino di assoggettarla ulteriormente ad ipoteca? L'argomento è appena sfiorato dal L; ma per l'importanza ch'esso ha, anche in rapporto al diritto romano e al celebre testo di Marciano 7 § 2 D. 20. 5, preferisco parlarne altrove e rinvio perciò al mio scritto 'Il divieto d'alienazione del pegno nel diritto greco e romano', ove la questione è trattata ex professo.

3. — Allo studio della παράθεσις e de' suoi presupposti di diritto e di fatto son dedicate le ricerche ulteriori dell'a. Il quale a ragione afferma che παράθεσις è il termine tecnico per designare la 'iscrizione' o 'intavolazione' e nega ch'essa significhi semplicemente il 'deposito della ἀπογραφή', come sostiene il Preisigke *P. Str.* I, p. 123. Suo presupposto fondamentale è l'ἀπογραφή, di cui una copia (o redatta dal dichiarante stesso o preparata dalla βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων) veniva restituita al richiedente, che doveva però unire in copia il documento comprovante l'acquisto. Ora l'ἀπογραφή che per solito veniva presentata dall'acquirente, poichè in favor suo sarebbe avvenuta la παράθεσις, in qualche caso poteva esser fatta dal notaio stipulante (BGU. IV, 1072 col. I; Oxy. II, 274), in quanto questi ne abbia ricevuto mandato dall'acquirente, e poteva esserlo anche dall'alienante stesso (un tal caso si riscontra in P. E. R. n. 1523).

Ma, se richiesta l'iscrizione dall'acquirente, aveva questi bisogno del consenso dell'alienante, e lo esigevano i βιβλιοφύλακες per operar la παράθεσις? Il L. ricorda a questo proposito alcuni documenti, che parrebbero richiedere quel consenso (εὐδόκησις): così Lips. 3 col. II; 8; Lond. III, 942, p. 119; 945, p. 120 dove il consenso apparisce dato nella stessa ἀπογραφή; e Oxy. III, 506; Lond. III, 1179 d. p. 110 e fors'anche BGU. I, 210; II, 446; Lond. II, 334, p. 211, dove esso risulta dato nello stesso negozio giuridico di costituzione del diritto

immobiliare. Lo stesso risulterebbe per la *μετεπιγραφή* nei *καταλοχισμοί* sulla base di Oxy. II, 273; 373; Str. 52. Ma la valutazione della clausola in questi atti contenuta può dar luogo a conclusioni perfettamente opposte. Poichè qui si dice che l'acquirente ha facoltà di operare la iscrizione del diritto in suo nome senz'uopo della cooperazione dell'alienante (*μὴ προσδεῖσθαι τῆς παρουσίας μηδὲ συνεπιγραφῆς*), è possibile non già soltanto che con ciò siasi nel caso singolo voluto dalle parti derogare ad una norma che quel consenso richiedesse, ma viceversa altresì che con quella clausola siasi semplicemente ripetuta, per una cautela superflua e pur tanto frequente nello stile notarile, una norma contraria, per la quale di consenso non v'era d'uopo.

Finalmente in qualche caso la *παράθεσις* risulta fatta, senza *ἀπογραφή* del privato, su richiesta dell'autorità. Gli esempi forniti dai documenti tenderebbero a provare però che, quando ciò si verifica, egli è sempre per scopi di garanzia o di esecuzione forzata. Un caso pare fornisca Oxy. IV, 712, ove si tratta di esecuzione forzata promossa dal *πράκτωρ ξενικῶν* su alcuni fondi che dovevansi sottoporre a sequestro e, mediante l'annotamento nei libri fondiari, esser sottratti ad ulteriori disposizioni da parte del debitore; un altro è dato da BGU. III, 832 in cui l'esecuzione forzata avviene in virtù di ipoteca convenzionale; un terzo è offerto dalle iscrizioni che nei *διατρώματα* si prendono della *πρωτοπραξία*, cioè del diritto privilegiato spettante al fisco sul patrimonio del debitore, assicurato da un diritto di sequestro e di pegno (For. 2, col. VIII, ?).

Ma, sia richiedente il privato sia l'autorità pubblica, la *παράθεσις* deve sempre essere provocata da una speciale domanda, cioè a dire l'*ἀπογραφή* o comunque la richiesta dell'autorità; nè iscrizioni nè variazioni si fanno d'ufficio dai *βιβλιοφύλακες*, sicchè possa in certo modo suppersi che, informatasi la *βιβλιοθήκη* con mezzi suoi propri dei trasferimenti, servissero le *ἀπογραφαί* come di controllo alle operazioni. Una serie d'argomenti è qui addotta dall'a. in prova di ciò, prima d'ogni altra la considerazione che le frequenti revisioni generali non si spiegherebbero in un sistema in cui le iscrizioni si fossero fatte d'ufficio, mentre si spiegano in un sistema ove hanno per base esclusiva le dichiarazioni delle parti. Al che devesi aggiungere che nelle *προσαγγελίαι* l'alienante si richiama costantemente ad una sua prece-

dente ἀπογραφή; che in molti documenti si esprime con tutta chiarezza così stretto il nesso di causalità tra l'ἀπογραφή e la παράθεις, da porre nettamente in evidenza che della παράθεις è causa precisamente l'ἀπογραφή e viceversa scopo della ἀπογραφή la παράθεις (cfr. Oxy. IV, 713; Lips. 9); e da ultimo non è da trascurare la locuzione frequente ἀπογράφεσθαι διὰ βιβλιοφυλάκων, in cui, come acutamente nota l'a., l'ἀπογράφεσθαι ha un significato pregnante, in quanto designa non già il semplice 'dichiarare per mezzo dei βιβλιοφύλακες', ma piuttosto l' 'iscrivere, con la dichiarazione presentata, mediante i βιβλιοφύλακες'.

Altro presupposto della παράθεις era il pagamento della tassa sul trasferimento (τέλος ἐγκυκλίου). Esso doveva precedere non solo la παράθεις, ma anche l'ἀπογραφή, perchè quando questa si presentava alla βιβλιοθήκη l'ἐγκύκλιον doveva essere già soddisfatto (cfr. Weiss, *Arch. f. Papf.* IV, p. 345, n. 1). E dell'eseguita solutio forse i βιβλιοφύλακες avevan notizia dall'ἀναγραφή cioè dai rapporti dei notai e delle banche. Ora poichè la παράθεις non poteva eseguirsi se non era avvenuto il pagamento dell'ἐγκύκλιον, è inesatto considerar questo come tassa della iscrizione, tanto più che l'ἐγκύκλιον apparisce pagato non solo indipendentemente da quella, ma altresì in casi in cui l'iscrizione non poteva nè doveva farsi. Ciò induce l'a. a supporre che un'altra speciale tassa fosse imposta per l'operazione dell'iscrizione, alla stessa guisa che per la μετεπιγραφή si pagava il τέλος καταλογισμῶν.

4. — Il problema capitale che, dopo questo esame particolareggiato dei singoli elementi dei διαστώματα, si presenta e reclama una soluzione è quello della natura giuridica e della finalità propria dei libri fondiari. Il quale si risolve a sua volta nell'altro, se l'introduzione dei διαστώματα, avvenuta nel primo secolo della dominazione romana, abbia soppresso l'antico catasto tolemaico.

Che la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων sia sorta nel primo secolo si desume e dal silenzio che serbano i papiri del periodo tolemaico intorno ad essa e ai relativi διαστώματα e dalle testimonianze che ne son date appunto a metà del secolo primo. Nell'a. 67 par ch'essa sia sorta nel Fayum secondo quanto afferma il Preisigke, ma è da credere, come nota l'a., che il suo apparire rimonti già alla prima metà

del secolo, se si pon mente che già nell'a. 63 si vede disposta una prima revisione generale (p. 13). E nei διασπρώματα, come s'è già detto, non veniva iscritta se non la proprietà privata (γῆ ιδιωτική), mentre speciali libri a parte s'ebbero per la terra catecica (κλήροι κατοικικοί), cioè i καταλοχιστοί ordinati forse anch'essi sulla base dei fogli personali e governati da un'autorità centrale in Alessandria (p. 19).

L'opinione più diffusa tra i papirologi è che i διασπρώματα adempissero alla duplice funzione, di tutelare da un canto l'interesse dei privati provvedendo mediante la pubblicità dei possessi alla sicurezza e alla lealtà dei commerci, di fornire dall'altro all'amministrazione finanziaria la base per l'accertamento e la riscossione delle imposte fondiari. Che con la prima funzione andasse congiunta quella della conservazione degli atti e documenti privati concernenti la proprietà immobiliare, è di per sè ovvio; tuttavia non si deve a questa funzione attribuire la prevalenza, sì da ravvisar nella βιβλιοθήκη un ufficio destinato al deposito degli atti (cfr. Presigke, *P. Str.* I, p. 125), in quanto il deposito non era scopo a se stesso, ma soltanto mezzo pel raggiungimento del fine più ampio, l'accertamento della condizione giuridica dei fondi.

Ora, quanto alla seconda funzione d'interesse eminentemente pubblico e fiscale, dubbi non infondati sorgono s'essa fosse davvero tra gli scopi cui i διασπρώματα tendevano. Sta in fatto che in tutte le ἀπογραφαί, sulle quali i διασπρώματα vengono compilati, manca sempre la indicazione dell'orientazione del fondo e dei confinanti, quella del valore, dell'ammontare dell'imposta e pei fondi urbani la misura, pei fondi rustici la specie di coltura (p. 19). Se ciò dipenda dal mero caso ovvero dal fatto che i διασπρώματα sono formati in base alle ἀπογραφαί, l'a. non vuol decidere (p. 25). Ma questa circostanza, congiunta all'altra della coesistenza, nei primi tre secoli dell'impero, dei libri fondiari con l'antico catasto tolemaico, sembra parlare decisamente in favor della tesi, che i διασπρώματα non fossero adunque destinati a scopo tributario. Esaminando i papiri Tebt. II, 309 (a. 116-7); 311 (a. 134); 390 (a. 167?); 373 (a. 110-1); Oxy. IV, 730 (a. 130); BGU. III, 915 (2° sec), ove si parla d'iscrizione (ἀναγράφεσθαι) di terra pubblica (γῆ βασιλική, γῆ δημοσία ἱερουργική), nonchè il pap. Vitelli *Atene e Roma* VII, col. 122, si rileva che un catasto ordinato per villaggi e diretto dal κομογραμματεὺς esistè in questo periodo accanto ai

libri fondiari. Nè in esso è iscritta solo la γῆ βασιλική, *ισρά* e *οἰσιακή*, ma altresì la terra privata: vi si comprende quindi tutto il suolo, sia privato, sia pubblico, e tutta la proprietà immobiliare, siano terreni siano edifici (BGU. I, 11; I, 5 col II; I, 183; Str. I, 31). Quivi non manca mai nè la indicazione dei confini nè quella della coltura. E per giunta vi compariscono iscritti, a quanto pare, non già soltanto i proprietari, ma anche i semplici possessori (*ἐπικρατοῦντες*; in Tebt. II, 343).

Non essendo pertanto possibile identificare questo catasto coi libri fondiari, come sostenne il Wilcken (*Ostraka*, I, p. 175; *Arch. f. Papf.* I, p. 151), se ne deve argomentare che siamo qui in presenza dell'antico catasto tolemaico, ordinato allo scopo della imposizione e riscossione dei tributi e costituente perciò la base ufficiale dell'imposta fondiaria durante i primi tre secoli. Un argomento sarebbe appunto fornito dal fatto, che in esso vengono iscritti i possessori, in quanto le imposte sui fondi vengono pagate dai possessori, senza riguardo al rapporto di dominio. E poichè questo catasto, data la finalità sua, veniva aggiornato e riveduto annualmente con regolare *ἐπίσκεψις*, si spiegherebbe anche perchè non si ha mai traccia per esso di revisioni generali, quali furono sovente ordinate pei *διαστρώματα*. Rettifiche furon sì disposte con ordini speciali del prefetto in occasione delle mancate inondazioni del Nilo, ma queste non costituiscono mai vera rinnovazione del catasto. Del quale un cospicuo frammento è offerto ancora dal pap. Brux. I (vedi parte del testo con mio commento in *Bull. Ist. dir. rom.* XVI, p. 193 sgg.), dove i fondi vengono regolarmente ed esattamente indicati secondo la loro ubicazione e confinazione, con le superfici, la coltura, e l'ammontare dell'imposta.

Quanto questo ordinamento complesso, e come vedesi in modo sorprendente perfezionato con la triplice istituzione dei *διαστρώματα*, dei *καταλοχισμοί* e del catasto tolemaico, abbia durato, è arduo dir con certezza. Una ipotesi avanza l'autore, rilevando dai papiri che la *βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων* risulta ancor esistente negli anni 274 e 289 d. C., mentre dall'ultimo decennio del terzo secolo in poi le dichiarazioni appariscono indirizzate, anzichè ai *βιβλιοφύλακες*, al censitor o agli *ἀναμετρηταί τοπαρχίας*: e cioè che, coincidendo questa circostanza coll'altra della catastazione generale per tutto l'Impero ordinata ai

tempi di Diocleziano per la riforma delle imposte, la βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων possa esser cessata appunto con la riforma diocleziana. Ma la congettura richiede ancor più ampio ed accurato esame, per poter essere confermata.

II.

5. — L'Eger prende le mosse delle sue ricerche, per lo studio della funzione della βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων, dalla sua più precisa identificazione nei vari papiri in cui comunque si trovi fatto cenno di βιβλιοθήκη o di βιβλιοφύλακες semplicemente, senz'altra aggiunta. Perocchè è chiaro, che dove si parla soltanto di βιβλιοθήκη senza maggiore specificazione, non sempre può ritenersi indicata la β. ἐγκτήσεων; laonde il criterio per l'identificazione sua va desunto dalla materia e conseguentemente dalla competenza. Infatti, accanto alla β. ἐγκτήσεων i papiri menzionano una δημοσία β., e una β. δημοσίων λόγων, oltre ad altre designazioni particolari. Funzione propria della β. ἐγκτήσεων era l'accertamento e la pubblicità della proprietà immobiliare e dei diritti a questa inerenti; funzione propria della β. δημοσίων λόγων la custodia delle dichiarazioni censuarie (κατ' οἰκίαν ἀπογραφαι) nonché la custodia e la registrazione dei documenti relativi all'amministrazione pubblica, dei rapporti e resoconti ufficiali, relativi soprattutto alle entrate e spese pubbliche, degli atti pertinenti alla finanza. Questi due uffici costituivano due istituzioni separate e distinte, ciascuna con funzioni proprie e indipendenti. Sicchè in ogni capoluogo doveva esservi e l'una e l'altra βιβλιοθήκη, ad ognuna delle quali eran preposti dei βιβλιοφύλακες.

Ma la separazione, aggiunge l'E. seguendo in ciò le orme del Preisigke (*P. Str.* I, p. 125-126), non sempre sarebbe stata mantenuta in ogni città, nè anzi avrebbe esistito originariamente. Nei primi tempi l'ufficio fu forse unico, la δημοσία βιβλιοθήκη, e soltanto più tardi si scisse in due per adempiere ciascuno alle funzioni sue. In qualche città anzi essi rimasero anche dopo riuniti, ovvero, come sarebbe accaduto in Ossirinco, i due uffici sarebbero stati raccolti nelle stesse persone, i βιβλιοφύλακες, che avrebbero esercitato le due diverse funzioni. Il che è pur possibile, ma accadde forse in qualche caso eccezionale e sporadico, non con la frequenza e con la regolarità che all'Eger e al Preisigke è parso di poter ammettere. Il solo testo che

esplicitamente ci mostri riunita nelle stesse persone la sovrintendenza delle due βιβλιοθήκαι, ἐγκτήσεων e δημοσίων λόγων, è il *P. Str.* 34, ove Besarione e Anassagora son designati come ad un tempo βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων καὶ δημοσίων λόγων: e forse qui la riunione dei due uffici negli stessi βιβλιοφύλακες poté essere semplicemente transitoria per la vacanza della sovrintendenza d'una delle due βιβλιοθήκαι. Non basta invece a far supporre che in Ossirinco esistesse un unico ufficio e che perciò fossero a questo affidate le funzioni proprie delle due distinte βιβλιοθήκαι, la circostanza che più d'una delle ἀπογραφαι relative a beni immobili, a materia cioè di esclusiva competenza della β. ἐγκτήσεων (*Oxy.* I, 72, 75; II, 247, 248, 249; III, 483, 584, 588, 636; IV, 713) sia indirizzata ai βιβλιοφύλακες senz'altra più specifica designazione.

Comunque sia di ciò, è pur certo che le funzioni e della δημοσία β. e della β. δημοσίων λόγων si differenziarono sempre da quelle, che furon proprie ed esclusive della β. ἐγκτήσεων. E queste l'E. più precisamente determina:

a) nella iscrizione dei diritti immobiliari, la quale ha luogo mediante due atti successivi, cioè: 1° un prenotamento dell'alienazione che il proprietario si propone di compiere, sicchè la β. può preventivamente accertare gl'interessati se il disponente ha la facoltà di compiere l'atto, e questo non si pone in essere se non dietro autorizzazione di quella; 2° una successiva conferma del prenotamento, la quale ha luogo quando l'atto d'alienazione è stato eseguito e viene presentato per la iscrizione definitiva, in guisa che la β. potrà poi in ogni momento attestare la condizione giuridica dei fondi, sia in confronto dei privati, sia nei rispetti della pubblica autorità;

b) nella custodia e conservazione non soltanto dei documenti relativi al trasferimento, ma altresì dei contratti e dei registri relativi, che vengono ad essa trasmessi dai funzionari e notai e che possono contenere anche contratti e negozi non attinenti a diritti immobiliari.

Nel determinare così le funzioni, l'a. mostra di seguire in sostanza una opinione difesa anche da altri, i quali appunto vogliono vedere nella β. ἐγκτ. non solo l'archivio delle proprietà immobiliari, ma un archivio pubblico in genere, con competenza più larga di quella speciale alla materia della proprietà fondiaria. Nel che io non

saprei convenire. Vero è che l'E. esplicitamente afferma (p. 27) esser principale e prevalente la funzione della pubblicità dei diritti immobiliari, e secondaria quella della custodia degli atti. Ma a quest'ultima son dati tuttavia una importanza ed uno scopo siffatti, da renderla in certa guisa indipendente, in quanto, pur ponendosi in rilievo che il deposito degli atti relativi alla proprietà fondiaria è una mera e necessaria conseguenza della documentazione che alla βιβλιοθήκη deve essere fornita dalle parti o dal notaio per giustificare la richiesta della iscrizione d'un diritto nuovo o della cancellazione d'un diritto estinto, si ammette però che in essa si dovessero depositare e custodire non solo gli atti relativi a diritti immobiliari, ma anche ogni altro documento a questi non pertinente. Il che non sembra sia fondato su valide testimonianze. V'è anzi, se non erro, alcunchè di contraddittorio nella stessa argomentazione che dovrebbe servir di fondamento all'affermazione. Perocchè l'E. — mentre suppone che il deposito degli atti di natura non immobiliare avvenisse soltanto per ciò, che la βιβλιοθήκη non riteneva opportuno lasciare alle parti ed ai notai la facoltà di scegliere quali documenti dovessero depositarsi, ma riservava a sè il diritto di far la cernita tra tutti gli atti rogati e quindi tutti richiedeva che le venissero esibiti dai notai o dalle banche, per poter meglio stabilire quali tra essi si riferissero alla proprietà immobiliare (p. 28) — affaccia (sebbene molto dubitativamente) l'ipotesi che anche i trasferimenti di proprietà o la costituzione di diritti su cose mobili, e in particolare sugli schiavi, fossero sottoposti ad iscrizione nei registri della β. ἐγκτήσεων. Ma nè quest'ultima congettura (che, se fosse vera, sconvolgerebbe le nostre cognizioni circa la funzione propria della β. ἐγκτήσεων, ritenuta fin qui esclusivamente l'archivio della proprietà fondiaria) apparisce comunque ammissibile, mentre la stessa denominazione dell'ufficio (ἐγκτησις = possesso fondiario) parrebbe escluderla in modo assoluto, come riconosce lo stesso E.; nè la prima, che cioè anche altri atti relativi alla proprietà non fondiaria dovessero ivi depositarsi, è forse pienamente esatta. Non giova certo Lips. 9, che parla precisamente di fondi sottoposti ad ipoteca; non BGU. I, 76 ov'è dubbia la natura del negozio; non Fior. I, 46, in cui v'ha sì un mutuo senza ipoteca o altro diritto reale, ma è molto incerto se la χωρική βιβλιοθήκη sia proprio da identificare colla β. ἐγκτήσεων (cfr. Eger, p. 14 n. 3; P Fior. I, p. 77, nota alla l. 1).

Sicchè tutte le testimonianze si riducono a Fior. I, 24 e 25, contenenti registri di διαγραφαί, tra le quali sono ricordati anche negozi non di natura immobiliare. Ma la verità è che questi non sono che indici delle operazioni di pagamento fatte giorno per giorno dalla banca. L'indice consegnato alla βιβλιοθήκη doveva avvertire i βιβλιοφύλακες se atti relativi alla proprietà fondiaria eransi posti in essere mediante le banche; ma più in là di tanto non mi par lecito andare, affermando che tutti i contratti, a qualunque materia pertinenti, dovessero depositarsi nella βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων.

6. — Poste queste premesse più generali, l'E. si fa a studiare qual sia la proprietà fondiaria di cui la β. ἐγκτήσεων provvede alla iscrizione, quali i diritti reali che vi s'inscrivono. Ed anche egli perviene al risultato, che ne rimane esclusa tutta la proprietà pubblica (γῆ δημοσία) cioè a dire tanto il demanio dello Stato (γῆ βασιλική), il demanio della corona (γῆ οὐσιακή), la proprietà sacra (γῆ ἱερὰ), quanto la terra pubblica concessa in enfiteusi (γῆ προσόδου). Vi s'inscrive dunque soltanto la proprietà privata (γῆ ιδιωτική οἰδιόκτητος), nella quale sono rappresentati gli edifici (οἰκίαι) e le loro pertinenze (ἀύλαι, χορτοθήκαι, ἐλαιουργίαι, οἰκόπεδα, ψιλὸι τόποι, ecc.). Ma oltre a questa anche la proprietà catecica (γῆ κατοικική), la quale si differenzia nettamente dalle varie specie della pubblica e pur non si confonde con la privata, sebbene la condizione giuridica del possessore del fondo catecico si avvicini molto, per l'indipendenza e la libera facoltà d'alienazione di cui egli gode, a quella del proprietario privato. Senonchè per la terra catecica, come opportunamente nota l'a., l'iscrizione non avviene come per la privata proprietà nella sola β. ἐγκτήσεων: essa s'inscrive oltre che in questa anche nei καταλοχισμοὶ τῶν κατοίκων, registri speciali tenuti da un ufficio a parte, sorto nei tempi più antichi quando i cateci esercitavano prevalentemente funzioni militari. Se poi la doppia iscrizione nella βιβλιοθήκη e nei καταλοχισμοὶ (per quest'ultima appunto, che prende il nome tecnico di μετεπιγραφή, veniva pagata la speciale tassa detta τέλος καταλοχισμῶν) avesse finalità diverse, non è agevole asserire allo stato delle fonti.

Di questa doppia specie di proprietà fondiaria la β. ἐγκτήσεων registrava adunque i trasferimenti ed ogni altro diritto che vi si costituiva. Ed i diritti erano in primo luogo le ipoteche (ὑποθήκη, ὑπαλ-

λαγή, ὑπάλλαγμα) sia generali, sia speciali, secondariamente ogni altra specie di ius in re aliena. Tra questi egli annovera la μεσιτία, che è forse semplicemente un diritto di sequestro (piuttosto che un diritto d'ipoteca o di pegno) conferito al creditore prevalentemente su fondi catecici (il che fa supporre all'E., p. 44, esser essa un surrogato della ipoteca, speciale al κληρος κατοικικός, sul quale quella non dovè essere ammessa in quanto il re ne aveva in origine il dominio eminente); la κατοχή spettante alla moglie sui beni del marito non in virtù della clausola esecutiva solita nei contratti matrimoniali¹⁾, ma in virtù della legge, κατοχή con la quale sono alla donna vincolati i beni di lui e che conserva la sua efficacia anche di fronte a diritti reali posteriormente costituiti (p. 51); la κατοχή dei figli sui beni dei genitori, per cui è ai figli trasferita la proprietà (κτησις) dei beni dei genitori pel tempo della loro morte, mentre a questi è riservato l'usu-frutto (κρησις)²⁾; l'usus o il fructus (καρπεία) di un fondo (es. in Amh. II,

¹⁾ A proposito di questi, mi sia lecito osservare come l'a., quando afferma (p. 50, n. 3) che anche nell'ἄγραφος γάμος si hanno convenzioni scritte e cita al riguardo i lavori del Mitteis, del Nietzold, del Wilcken, del Brassloff, mostri di non conoscere l'opinione che in proposito all'ἄγραφος e all'ἑγγραφος γάμος e ai rapporti tra loro io ho esposto ne' miei *'Studi papir. sul matrimonio e sul divorzio nell'Egitto greco-romano'* (Bull. Ist. dir. rom. XV, p. 179 sgg. e in particolare p. 219 sgg.) e ribadito in *'Nuovi docum. per la storia del matr. e del div. nell'Egitto greco-romano'* (Studi storici per l'ant. class. I, p. 161 sgg.). Più oltre (p. 50, n. 4) una analoga dimenticanza quanto al significato di κατοχή e διακατοχή = bonorum possessio in ordine all'altro mio scritto, *'I papiri greci e la stipulatio duplae'* (Bull. Ist. dir. rom. XIV, p. 93 sgg.).

²⁾ L'E. osserva (p. 52-53) che codesta κατοχή dei figli suol essere costituita mediante συγγαφοδιαθήκαι e accedendo al Parlsch, *Zeitschr. d. Sav.-Stift.* XXVIII, p. 418 sgg., accoglie quanto al valore che queste hanno e alla questione della revocabilità delle disposizioni contenutevi l'opinione di quello, secondo la quale sarebbe da distinguersi tra συγγαφοδιαθήκαι che contengono disposizioni corrispettive di più persone, sia dei contraenti il matrimonio verso i propri figli, sia dei genitori verso i figli che contraggono le nozze, e συγγαφοδιαθήκαι che contengono disposizioni unilaterali; le prime soltanto sarebbero irrevocabili, non le seconde, sia o pur no in quest'ultime fatta riserva del diritto di disporre ancora in modo diverso. Ma egli stesso è costretto a riconoscere, che è difficile trovare un esempio per quest'ultimo caso, e quello cui potrebbe pensarsi (CPR. I, 24) non vi si attaglia davvero, essendo i beni assegnati dalla madre alla figlia immediatamente in proprietà definitiva (cfr. miei *Studi papir.* in Bull. cit. p. 231 sgg.). Il criterio che è applicabile ai testamenti congiuntivi, sarebbe certo utile anche per le comuni συγγαφοδιαθήκαι, se questa tuttavia fornissero gli elementi per discernere quando vi abbiano disposizioni corrispettive, quando disposizioni unilaterali. Ma questi elementi non offrono le nostre συγγρ. Non vale il dire che,

71); l'*habitatio* (ἐνοίκησις, οἰκησις) (es. in Oxy. I, 75, 104; III, 489; Lond. III, p. 161; Fior. 47), e così via.

Alla pari con i diritti reali e come analoga alla ipoteca generale vien trattata la clausola esecutiva καθάπερ ἐκ δίκης, con cui si concede dal debitore azione esecutiva sui propri beni (τῆς πράξεώς σοι οὔσης ἐκ τε ἐμοῦ καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων μοι πάντων καθάπερ ἐκ δίκης). Pur non generando un diritto d'ipoteca, quella clausola, che può considerarsi come una ipoteca generale impropria, viene iscritta nei libri fondiari, per l'attitudine ch'essa ha a generare mediante la procedura d'esecuzione (cui sovrintende l'ἀρχιδικαστής) un diritto reale di pegno o d'ipoteca (p. 48-49).

Vi s'inscrivono inoltre, delle ipoteche, non solo la costituzione, ma i trasferimenti e la estinzione (cfr. Ahm. 71, BGU. III, 907); anzi neppure a queste sole si limitano le registrazioni, perchè nei libri fondiari si prende nota altresì dei vari atti cui dà luogo la procedura esecutiva sugli immobili ipotecati: così vi si iscrive l'ἐνεχυρασία, mercè cui al creditore è attribuita la proprietà dei fondi del debitore insolvente (BGU. IV, 1038, indirizzato ai βιβλιοφύλακες? e fors'anche Oxy. IV, 712), e l'ἐμβαθεία con cui il creditore, al quale è già passata la proprietà dei fondi, ne consegue anche il possesso (Oxy. II, 274 e forse BGU. III, 832).

Alla stessa stregua son del resto trattati, quanto alla iscrizione nei διασπράματα, i vincoli che sulla proprietà genera in ogni caso la

quando si tratta di disposizioni unilaterali, esse sono revocabili sempre, siavi o pur no la riserva di disporre altrimenti. Il difficile è cogliere i casi in cui la disposizione è corrispettiva e quindi come tale irrevocabile. Perocchè, come è indubitato che la presenza della clausola di riserva è indice sicuro della revocabilità della disposizione, così d'altro canto l'esser questa fatta μετὰ τὴν τελευταίην non basta per ritenerla senz'altro come *mortis causa*, cioè testamentaria, potendo l'assegnazione dei beni esser voluta definitiva e irrevocabile e solo differirne la efficacia al tempo della morte: il che significherà che è attribuita immediatamente la proprietà dei beni, ma ne è riservato al disponente il godimento. E converrà dunque ricercare piuttosto caso per caso se si tratta di atto *inter vivos* o di atto *mortis causa*, come accennai già altrove (*Bullettino Ist. dir. rom.* XIX, p. 285 sgg.). Quanto al P. Str. Arch. f. Papf. IV, p. 130, che l'E. pure cita tra gli esempi di disposizione irrevocabile, rinvio alla interpretazione che ne ho dato in *Studi st. per l'ant. class.* I, p. 333-349, ove ho dimostrato non potersi trattare che d'una *divisio parentum inter liberos*. Cfr. ora su questa RABEL, *Elterliche Theilung*, in *Festschrift z. 49. Samml. deut. Philol.* Basel, 1907, p. 521 sgg. e specialmente p. 534-538.

procedura esecutiva, anche quando cioè non si tratti di immobili preventivamente sottoposti ad ipoteca. Questa che può esser soltanto una ipotesi di fronte a BGU. III, 832 ed a Fior. 97 ov'è incerto se la esecuzione colpisca beni già ipotecati, diviene secondo l'E. certezza se si considerano altri documenti, i quali attesterebbero persino che, anche prima della procedura d'esecuzione, un credito non ipotecario possa essere assicurato mercè apposito annotamento che colpisce direttamente e con efficacia reale i beni del debitore.

La prova sarebbe data da Lond. III, 1157 verso, p. 111, dove un creditore per mutuo, che teme fraudolente alienazioni da parte del debitore, chiede ed ottiene, mediante annotamento nella βιβλιοθήκη, che al debitore sia inibito ogni atto di alienazione prima ch'egli (il creditore) abbia fatto ritorno; e in secondo luogo da P. Giess., *Inv.* 19 (che ho ricordato più sopra e di cui l'E pubblica qui il testo), nel quale un acquirente di fondi, che non ne ha ancor fatto la iscrizione al proprio nome, apparisce in conflitto con un secondo acquirente dei medesimi fondi ed ottiene che sia a questo inibito di alienarli, sino a che non sia stato giudicato tra loro. L'uno e l'altro caso lasciano in verità alquanto perplessi, in quanto ammettono (e soprattutto nel primo la cosa par grave) che la semplice affermazione d'una pretesa e l'annuncio dell'apertura di un giudizio valgano a fermare ogni atto di alienazione, piuttosto che a fornir la base per una eventuale successiva dichiarazione di nullità: ma per quanto la procedura vera e propria non sia iniziata, noi siamo pur sempre ai prodromi di una esecuzione, perocchè egli è con l'intervento del magistrato (dallo stratego dovrà essere emanato il fermo in P. Giess., e dallo stesso par sia stato emesso in P. Lond) che i beni vengono assicurati mercè una specie di sequestro conservativo, il quale si attua con la preventiva e provvisoria annotazione ostacolante ogni ulteriore legittima alienazione.

Analogamente, ricevono iscrizione i divieti convenzionali di alienazione, le clausole contrattuali cioè mercè le quali al debitore viene inibita per garanzia del creditore ogni disposizione dei suoi beni, fino a che il creditore non sia stato soddisfatto (Tebt. II, 318; Oxy. III, 506).

E da ultimo, anche i diritti dello Stato sui beni dei privati. Tra questi, la κατοχή sui beni delle persone tenute ad una liturgia,

come risulta da Fior. I, 2 e da BGU. II, 619 confrontato con BGU. III, 742, ove una felice congettura dell'a correggendo la primitiva lezione $\mu\omicron\nu\eta$ in $\omicron\nu\eta$, ravvisa una situazione ed una soluzione identica a quella di BGU. 619, poichè in ambedue i pap berlinesi si disputa se i beni colpiti dalla $\kappa\alpha\tau\omicron\chi\eta$ dello Stato siano stati alienati all'attuale proprietario prima dell'assoggettamento loro alla liturgia e si lascia intravedere una decisione favorevole alla libertà dei beni, se l'alienazione si dimostri avvenuta prima. In ogni altro caso dalla $\kappa\alpha\tau\omicron\chi\eta$ appunto si origina quel privilegio della $\pi\rho\omega\tau\omicron\pi\rho\alpha\chi\iota\alpha$, che più documenti ricordano siccome iscritto a favore del fisco (Str. 34, Lips. 9, BGU. III, 919).

Tutti codesti diritti (o quanto meno le ipoteche e gli altri iura in re aliena veri e propri) sono oggetto indipendente d'iscrizione, vengono cioè considerati non già soltanto come un peso del fondo su cui gravano, ma altresì come entità giuridiche di per sè stanti e per conseguenza vengono iscritti non solo sotto il nome del possessore del fondo gravato, ma anche al nome del titolare. Ciò è dimostrato per le ipoteche da Oxy. II, 274; BGU. IV, 1072; Fior. 97; per la $\kappa\alpha\tau\omicron\chi\eta$ della moglie e dei figli dall'editto di Rufo (cfr. Oxy. II, 237 col. V; Oxy. IV, 713); per gli altri iura in re aliena devesi ammettere per logica induzione, che è del resto confermata in certa guisa da Amh. II, 71; Oxy. I, 75; Oxy. III, 638.

Ma da chi la iscrizione doveva richiedersi? Che per le ipoteche si domandasse dal creditore, come in genere per ogni altro diritto dal suo titolare, in quanto a questo incombe l'obbligo di denunciare alla $\beta\epsilon\lambda\iota\sigma\theta\eta\kappa\eta$ il proprio diritto, io sostenni già altrove ed è confermato ora da Lips. I, 8 e 9 (cui per la $\kappa\alpha\tau\omicron\chi\eta$ può aggiungersi Fior. 97). E l'E ne conviene; ma non ravvisa poi come argomento a favore la prescrizione dell'editto di Rufo « $\kappa\epsilon\lambda\epsilon\upsilon\omega\ldots\kappa\alpha\iota\tau\omicron\upsilon\varsigma\delta\alpha\nu\epsilon\iota\sigma\tau\acute{\alpha}\varsigma\acute{\alpha}\varsigma\acute{\epsilon}\acute{\alpha}\nu\acute{\epsilon}\chi\omega\sigma\iota\upsilon\pi\omicron\theta\eta\kappa\alpha\varsigma\kappa\alpha\iota\tau\omicron\upsilon\varsigma\acute{\alpha}\lambda\lambda\omicron\upsilon\varsigma\delta\omicron\alpha\acute{\epsilon}\acute{\alpha}\nu\acute{\epsilon}\chi\omega\sigma\iota\delta\iota\kappa\alpha\iota\alpha$ »; anzi, contrastando la interpretazione da me datane altrove (per la quale devesi ritenere esser l'obbligo della denuncia imposto ai creditori, non ai possessori del fondo gravato, *Bull. Ist. dir. rom.* XIII, p. 66), si mostra propenso ad accogliere l'opinione contraria del Mitteis, dover cioè il possessore del fondo far la denuncia nelle $\acute{\alpha}\pi\omicron\gamma\rho\alpha\phi\alpha\acute{\iota}$ generali (p. 54, n. 3). E aggiunge che delle $\acute{\alpha}\pi\omicron\gamma\rho\alpha\phi\alpha\acute{\iota}$ generali, cui appunto l'editto di Rufo si riferisce, l'unica che ci offra esempio di denuncia

di un'ipoteca (BGU. II, 536), presenta siccome denunciante il proprietario del fondo, non già il creditore.

Io credo fermamente sia questo un errore, provocato esclusivamente dal proposito di voler conciliare quella opinione del Mitteis con le attestazioni esplicite delle fonti papirologiche. Perocchè se queste dimostrano con casi pratici di ἀπογραφαὶ regolari (Lips. 8, 9) che la denuncia è fatta dal titolare del diritto, par logico considerare tali documenti come conferma della più ragionevole interpretazione della clausola editale; e viceversa senza fondamento il far distinzione tra ἀπογραφαὶ particolari e generali. Se l'editto ai fini della rettificazione ed integrazione dei libri fondiari dispose periodiche revisioni dei fogli e quindi generali denuncie delle proprietà e dei diritti inerenti, e se per gli iura in re aliena la norma era che la denuncia se ne facesse dai titolari, non vedesi qual ragione avrebbe indotto l'edificante a modificar la norma, sostituendone una che per giunta era tutt'altro che atta ad assicurare quel fine. Come infatti concepire efficace (ed è questo un secondo, non meno grave argomento) una disposizione che avesse rimesso al debitore la denuncia dei diritti alieni gravanti il suo fondo? Logicamente un sistema siffatto condurrà sempre ad ottenere dichiarazioni incomplete, poichè non sarà certo il proprietario gravato che curerà gl'interessi del creditore ipotecario o titolare d'altro diritto reale, assicurandogliene mediante la propria denuncia la conservazione e garantendogliene l'esercizio in confronto dei terzi. Nè, da ultimo, alcun assegnamento può esser fatto sul cit. papiro BGU. II, 536: se il proprietario debitore nel denunciare la sua proprietà dichiara, in ordine ai terreni, ch'essi sono esenti da ipoteca o da ogni altro gravame, in ordine ad una quota di fabbricato che questa è ipotecata per un mutuo ([κα]ὶ οἱ [κ]υῶν [ἐν ὃ] ποθ' ἡκη (ἡμισυ) μέρο(ς) οἰκίας καὶ ἀλλῆς, ἐν ᾗ ἐξεδ(ανισάμην) [π]αρὰ Παπει[ο] τοῦ Παπει[το]ς; la prima lettura del Krebs era stata anzi: ἐν ᾗ ἐξεδ(ρα)), la fuggevole menzione del gravame è tutt'altro che una tecnica, formale denuncia di ipoteca, atta a provocarne la iscrizione nei libri fondiari: le mancano, con la più precisa identificazione della persona del creditore, tutte le necessarie indicazioni circa la somma per la quale l'ipoteca è concessa, gl'interessi di essa, la scadenza, il contratto del mutuo ipotecario e così via, tutti insomma gli elementi che sono indispensabili per la iscri-

zione nel *διαστρώμα* e che sono invece completi ad es. in Lips. 8 e 9. L'accenno del proprietario debitore è semplicemente un'aggiunta, più o men superflua, dovuta ad una sua particolar diligenza nell'indicare i propri beni.

Ciò non toglie, naturalmente, che talvolta potesse alla *βιβλιοθήκη* la denuncia venir fatta dal possessore del fondo gravato ed allo stesso debitore ipotecario. In tal caso il possessore agisce in rappresentanza del creditore o acquirente del diritto reale, gliene abbia o meno conferito quest'ultimo il mandato. Ed è tutt'altra questione poi quella del consenso del possessore. Che i *βιβλιοφύλακες* non potessero fondarsi esclusivamente sulla mera dichiarazione del creditore o titolare del diritto, per farne la iscrizione a carico del possessore, è ovvio. Ma del consenso di questo ad essi constava appunto dai documenti, che con l'istanza per la *παράθεσις* dovevansi esibire e depositare.

Sotto questo aspetto, adunque, è manifesto che doveva essere indifferente quale delle due parti domandasse la iscrizione. Chiesta o dall'una o dall'altra, essa soltanto allora poteva seguire, quando dagli atti che accompagnavano la domanda risultasse validamente costituito il diritto reale. Egli è del resto ciò che vediamo accadere per la cancellazione delle ipoteche e degli altri iura in re aliena. Come la costituzione di essi, così la estinzione loro era soggetta ad iscrizione nei *διαστρώματα*. Interessato qui a domandare la cancellazione era il possessore del fondo, e qualche papiro ci presenta infatti il debitore come istante (cfr. Amh. 71); altri invece il creditore (cfr. BGU. III, 907). Ma, come quando la cancellazione è domandata dal creditore, questi agisce in rappresentanza del possessore-debitore, così quando è il debitore a domandarla, la istanza non può essere fondata se non su un atto di quitanza e di consenso a cancellare prestato dal creditore, qual'è ad es. quello contenuto in Lond. III, 348, p. 214.

7. — La tecnica delle iscrizioni è studiata dall'A. esaminando successivamente la struttura della *προσαγγελία* e dell'*ἐπίσταλμα*, cioè a dire gli atti preordinati alla intavolazione, quella della *ἀπογραφή* e della *παράθεσις*, cioè gli atti che seguono alla rogazione del negozio giuridico costitutivo del diritto reale, e da ultimo il sistema della registrazione nei *διαστρώματα*.

La *προσαγγελία* (e ne danno esempio BGU. 184, 379; Lond. II, 299, p. 151; 300, p. 152; III, 903, p. 116; Fay. 31, 151; Fior. 67, col I; Oxy. III, 483, 588; PR. 1136), redatta sempre nella forma dell'*ὑπόμνημα* e diretta ai *βιβλιοφύλακες*, comincia normalmente con la dichiarazione che i fondi di cui si vuol disporre sono attualmente iscritti al nome del disponente (*ἔχω ἐν ἀπογραφῇ*), continua con l'annuncio dell'alienazione che s'intende attuare (*βούλομαι παραχωρῆσαι, ἐξοικονομῆσαι, ἀλλοτριῶσαι*) con l'aggiunta talvolta che i fondi di cui si tratta sono esenti da pesi reali o ipoteche, e si chiude con la richiesta che sia autorizzato l'ufficio notarile (*γραφεῖον, μνήμοσες, ἀγοράνομοι, γραμματεῦς*) a rogare l'atto (*τελειῶσαι τὸν χρηματισμόν*). Alla *προσαγγελία* segue l'*ἐπίσταλμα*, che può essere scritto anche in calce a quella (BGU. 379, Oxy. III, 483) e che contiene l'autorizzazione conferita al *γραφεῖον*, agli *ἀγοράνομοι* ecc. di rogar l'atto.

Perchè dunque l'autorizzazione possa esser concessa, occorre che il disponente si trovi iscritto come proprietario nei libri fondiari; e ciò spiega perchè in alcuni casi (cfr. ad es. Lond. II, 299, p. 151; 300, p. 152; PR. 1436?) immediatamente prima della *προσαγγελία* o persino nello stesso giorno di essa si vede fatta l'*ἀπογραφή* dei fondi cui la *προσαγγελία* si riferisce.

Compito dei *βιβλιοφύλακες* era pertanto constatare se il disponente risultasse iscritto nei *διαστώματα*: in caso negativo l'autorizzazione veniva negata. Nè soltanto in questo; perchè se una precedente *προσαγγελία* risultava annotata sui registri, anche allora l'*ἐπίσταλμα* non veniva concesso. Il che è facile spiegare: essa rivelava aver avuto il proprietario intenzione di trasmettere ad altri la proprietà del fondo o di costituirvi un diritto reale, chiedendo l'autorizzazione a stipular l'atto, nè risultava poi se a questo si fosse dato seguito; sicchè la buona fede esigeva che non si compromettessero con una successiva autorizzazione i diritti eventualmente acquistati dai terzi. La funzione della *προσαγγελία* diventava così, in virtù dell'annotamento che i *βιβλιοφύλακες* ne prendevano sui libri fondiari, quella di assicurare provvisoriamente diritti futuri, analogamente a quanto accade nell'istituto della moderna 'prenotazione' tedesca. Ma poichè la *προσαγγελία* è atto unilaterale, è grave questione decidere fino a quando l'impedimento al nuovo *ἐπίσταλμα* durasse, per mezzo cioè di quale atto ulteriore essa potesse essere revocata. Perocchè se a revocarla

occorreva col consenso del proprietario disponente anche quello di colui a favor del quale il diritto si sarebbe dovuto acquistare, noi avremmo qui un caso veramente tipico di negozio a favore di terzi, con efficacia reale per giunta. La questione è posta, ma non risolta dall'E (p. 86), mancando per ora elementi atti a risolverla: tuttavia se una congettura in assenza di testi è lecita, questa non può essere che in favor della tesi negativa (in questo senso si esprime incidentalmente anche l'E., p. 88 n. 3), non sembrando ragionevole che le formalità preordinate alla rogazione dell'atto traslativo del diritto reale - la stipulazione di esso non può infatti che seguire all'ἐπίσταλμα, o almeno non può aver valore ed efficacia giuridica piena se non seguendo - siano efficaci a generare nel futuro acquirente un diritto tanto perfetto, da non potersi revocare che col concorso della sua volontà.

Ma se la presenza di una precedente difforme προσαγγελία era di ostacolo alla emissione dell'ἐπίσταλμα, quale era l'effetto della esistenza di diritti reali già iscritti? Come si comportavano, cioè, i βεβαιοφύλακες di fronte alla richiesta di autorizzazione a stipular un atto traslativo della proprietà o costitutivo di diritti reali, quando risultasse dai διασπρώματα che i fondi erano già gravati di iura in re aliena?

La questione qui si complica in modo assai grave, da un canto con quella tuttora sub iudice se nel diritto greco-egizio vigessero divieti legali di alienazione o di pignoramento degli immobili già vincolati da diritti reali a favor di terzi, come la κατοχή o l'ipoteca; dall'altro con quella del significato e del valore da attribuire alle dichiarazioni, che frequentemente s'incontrano nelle προσαγγελίαι, di libertà dei beni da vincoli ipotecari o di garanzia.

Perocchè se quel divieto esistè ed ebbe vigore per ogni specie di vincolo reale, l'ἐπίσταλμα dovrà ritenersi essersi negato pel solo fatto della esistenza del vincolo, e la dichiarazione suindicata avrebbe precisamente lo scopo di affermare che l'ἐπίσταλμα nel caso dato può e deve essere concesso. Viceversa, se un divieto non esiste, l'ἐπίσταλμα poteva esser concesso o negato sotto condizione, e la menzione di libertà del fondo potrà ritenersi provocata appunto dalla necessità o meno di subordinare l'ἐπίσταλμα all'osservanza di eventuali condizioni. In tesi astratta adunque, come pur nota l'E. (p. 86), una triplice

ipotesi è possibile: 1) che l'ἐπίσταλμα debba essere negato finchè dura la iscrizione del diritto del terzo; 2) che esso possa essere concesso sotto la condizione che all'alienazione consenta il titolare del diritto; 3) che la concessione ad alienare possa esser data incondizionatamente, facendosi tuttavia salvo il diritto precedentemente iscritto. La prima e la seconda ipotesi potrebbero applicarsi ad ogni specie di diritto in re aliena; la terza soltanto alle ipoteche. Ma contro di essa starebbero, pensa l'E, la presenza di clausole contrattuali, normali e costanti, contenenti il divieto al proprietario debitore di alienare o ipotecare ulteriormente il fondo, finchè non sia estinto il debito attuale. L'E. infatti (p. 45-46), sebbene non si pronunci espressamente, si mostra propenso a credere che un divieto legale inibisse al debitore ipotecario di vendere o dare in nuova ipoteca il fondo già gravato; quindi le clausole di divieto che sovente s'incontrano nei mutui ipotecari (Lond. II, 311, p. 219; Lond. III, 1168 p. 136; Lond. III, 870, p. 235; Fior. I, 28, 81; Tebt. II, 318; Lips. 10; Strassb. 52; Oxy. III, 506) non sarebbero che una riproduzione del divieto generale ordinato dalla legge; sicchè sia o pur no nelle singole convenzioni comminata la nullità dell'atto d'alienazione compiuto in ispreto del divieto (ἢ τὰ παρὰ τὰυτὰ ἄκυρα εἶναι in Fior. I; Strassb. 52; Lond. III, 1168, p. 136), l'atto sarebbe nullo in ogni caso. E conseguentemente la presenza d'una ipoteca già iscritta impedirebbe ai βιβλιοφύλακες di emettere l'autorizzazione a stipulare l'atto, sia pur con la clausola che debba rimaner salvo il diritto del creditore iscritto.

Io seguo, quanto alla dottrina del divieto legale, un'opinione diversa, sembrandomi più prudente doversi propendere per la inesistenza di esso in ordine ai fondi ipotecati. Ma appunto per ciò ritengo che nella presente questione si debba procedere per distinzioni e più precisamente distinguere tra ipoteche ed altri diritti aventi natura ed efficacia diversa. Tra questi è da porre la κατοχή spettante sui beni dei genitori e del marito ai figli e alla moglie. La κατοχή della moglie e dei figli pur derivando da cause diverse (la legge per la prima, le disposizioni volontarie pei secondi) e pur avendo contenuto ed efficacia disuguale, generano però nell'un caso e nell'altro un tal diritto, che non pare si possa per la sua forza confrontare con l'ipoteca. La κατοχή dei figli conferisce addirittura la proprietà dei beni dei genitori, cui rimane soltanto il godimento; la κατοχή della moglie

è qualche cosa più d'una semplice garanzia sui beni del marito, perocchè come risulta da vari documenti matrimoniali che ho altrove esaminato (*Bull. Ist. dir. rom.* XV, p. 187-188; cfr. Nietzold, *die Ehe in Aegypten*, p. 65-66; v. anche Weiss in *Arch. f. Papf.* IV, p. 352), essa costituisce tra moglie e marito una specie di comunione di beni, una comunione nell'amministrazione, che porta come conseguenza la inalienabilità dei beni del marito senza il consenso della moglie e spiega perfettamente il perchè delle clausole non infrequenti nei contratti di matrimonio, con le quali è inibita al marito ogni alienazione senza il concorso della volontà dell'altro coniuge. Ora, se per codesti speciali diritti è ragionevole ammettere che la iscrizione loro costituisce ostacolo ad ulteriori alienazioni e che perciò i βιβλιοφύλακες o dovessero rifiutare assolutamente l'ἐπίσταλμα (come credo avvenisse per la κατοχή dei figli) o la concedessero previo consenso del titolare del diritto (della moglie ad es., per la κατοχή di lei), nè all'una nè all'altra conseguenza credo, in via generale, debbasi pervenire pel caso di ipoteche iscritte. La βιβλιοθήκη, io penso, si sarà limitata, nel rispondere all'autore della προσαγγελία e nel concedere l'ἐπίσταλμα (quando tutte le altre condizioni concorressero), ad enunciare la esistenza di ipoteche iscritte, perchè l'acquirente o il nuovo creditore ipotecario ne avessero così legale conoscenza, e potessero eventualmente recedere dal progettato negozio giuridico. Ciò in via generale; perchè se l'ipoteca precedentemente iscritta fosse stata accompagnata, come spesso accadeva, da una clausola di divieto, è evidente che in questo caso - per l'efficacia reale che la clausola acquistava in virtù della iscrizione - i βιβλιοφύλακες non potevano all'ἐπίσταλμα far luogo, se non constasse prima del consenso del creditore iscritto: forse neanche all'emissione dell'ἐπίσταλμα sotto la condizione che quel consenso si prestasse prima della rogazione dell'atto, essi erano autorizzati.

Nè, a mio avviso, sono d'ostacolo a siffatta congettura le dichiarazioni, frequenti nelle προσαγγελίαι, attestanti la piena libertà del fondo, cui la προσαγγελία si riferisce, da ipoteche o da altri pesi (cfr. BGU. I, 184; καθαρὸν ἀπὸ ὀφειλῆς καὶ ὑποθήκης καὶ παντός διεγγυήματος; Oxy. III, 483; καθαρὰς ἀπὸ πάσης κατοχῆς δημοσίας τε καὶ ιδιωτικῆς; Lond. II, 300 p. 151-152; καθαρὰς ἀπὸ ὀφειλῆς μεσιτίας παντός διεγγυήματος; Lond. III, 903, p. 116; καθαρὸς ἀπὸ κατοχῆς πάσης). Codeste dichiarazioni - che non sono del resto costanti e che nei casi in cui mancano non

debbono necessariamente supporre omesse sol perchè altre ipoteche fossero iscritte - possono ben aver avuto lo scopo di assicurare preventivamente i βιβλιοφύλακες che niun impedimento ostacolava la progettata alienazione per una eventuale κατοχή a favor dei figli o della moglie o per una ipoteca iscritta con clausola di divieto. Fors'anche, senz'aver proprio questo preciso significato, esse venivano inserite nella προσαγγελία non in considerazione della βιβλιοθήκη e quale un elemento necessario pel successivo ἐπίσταλμα, ma in considerazione piuttosto dell'altro contraente ed a tutela degli interessi di questo. Poichè l'ἐπίσταλμα solea essere steso in calce alla προσαγγελία ed ottenuto doveva per la rogazione dell'atto esibirsi al notaio o all'ufficio pubblico presso il quale l'acquirente doveva poterlo esaminare, è chiaro che se la προσαγγελία avesse contenuto affermazioni inesatte quanto alla libertà del fondo, i βιβλιοφύλακες non avrebbero mancato di rilevarle nell'ἐπίσταλμα e l'acquirente ne avrebbe così avuto sicura notizia. Viceversa, affermata l'inesistenza di ipoteche o pesi reali nella προσαγγελία, questa valeva a rassicurare pienamente l'acquirente, quando in calce i βιβλιοφύλακες avessero emesso una pura e semplice autorizzazione a stipulare.

La προσαγγελία e l'ἐπίσταλμα erano pertanto necessari per ogni trasferimento di proprietà e costituzione di diritto reale; al contrario non pare che lo fossero, quando si trattava di cancellare un'ipoteca. A questa conclusione perviene l'E. (p. 83-84), basandosi soprattutto su BGU. III, 907 (cfr. anche Amh. II, 71). E infatti l'istanza che in tal caso l'interessato - sia esso il debitore o il creditore - rivolge alla βιβλιοθήκη, non è già diretta ad ottenere una autorizzazione a rogar l'atto, che secondo ogni probabilità ha già avuto luogo, ma si limita a manifestare l'intenzione di cancellare l'ipoteca; sicchè piuttosto che una προσαγγελία essa è in sostanza una domanda pura e semplice di cancellazione, a cui deve seguire non già un ἐπίσταλμα, ma la immediata iscrizione dell'atto di consenso e la radiazione del diritto estinto o per pagamento o per rinuncia (cfr. anche p. 129 n. 2).

8. — Di quella necessità dell'ἐπίσταλμα non è dunque a dubitare e pel divieto che l'editto di Rufo fa ai μνήμονες ed ai συναλλαγατογράφοι di rogare atti costitutivi di diritti immobiliari senza la previa autorizzazione dei βιβλιοφύλακες, e per la funzione e lo scopo proprio della

βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων, che rimarrebbero frustrati se negozi con contenuto immobiliare si potessero validamente concludere senza l'intervento di quella. E questa è sostanzialmente l'opinione sostenuta anche dall'E., nonostante che per qualche raro testo egli sia tratto a dubitare dell'assolutezza sua. La questione si riannoda direttamente a quella che ho più sopra toccato, se cioè un negozio siffatto potesse in modo valido compiersi mediante un χειρόγραφον e se l'acquisto così attuato potesse essere iscritto nei διαστώματα. L'E. ampiamente tratta l'argomento (p. 88-118, 135, 138; cfr. p. 22, 69, 87, 202 sgg.) ed espone infine una sua particolare congettura sulla portata della clausola edittale, dando alla prescrizione di Rufo una interpretazione in parte nuova, che tenderebbe a togliere la perplessità in cui ci pongono taluni papiri attestanti l'avvenuta iscrizione in base a semplici χειρόγραφα. Conviene quindi seguire più da vicino la esposizione di lui, tanto più che qui appunto ci è dato il testo di quel P. Giess. 19 (v. p. 68-69 e 87), di cui sopra ho parlato.

Fuori di discussione è da porre innanzi tutto che per ogni negozio traslativo di diritti immobiliari era indispensabile l'atto scritto (p. 101). E se questo per le vendite era duplice nel periodo tolemaico, in cui l'alienazione si compieva mediante un atto di vendita, πρᾶσις, seguito da un atto di tradizione, συγγραφή ἀποστασίου (cfr. Wilcken, *Arch. f. Papf* II, p. 380), esso è unico nel periodo romano. Nel quale, per la vendita appunto, tutte le varie forme del documento scritto risultano usate (cfr. l'elenco completo dei papiri contenenti compravendite immobiliari o con semplice riferimento alle medesime, pubblicato a pp. 90-97), e cioè non soltanto le quattro forme del documento pubblico (protocollo, δμολογία, συγχώρησις, διαγραφή), ma anche quella del documento privato (χειρόγραφον), con preponderanza tuttavia della δμολογία su tutte le altre, di cui la meno frequentata è - in contrapposto a ciò che avviene nel periodo tolemaico - quella del protocollo agoranomico.

Del pari per le costituzioni ipotecarie tutte le cinque forme predette appariscono praticate (cfr. l'altro elenco dei papiri a pp. 97-100); ma i χειρόγραφα sono meno frequenti che nelle vendite ed anzi se si prescinde da due più tardi papiri del secolo IV (CPR I, p. 59; Lond. III, 870, p. 235), questi si riducono ad uno solo (Lips. 10, del II sec.).

Ora, mentre per le ipoteche nessun elemento si avrebbe nei papiri che autorizzi a ritenere necessario l'atto pubblico e quindi indispensabile la preventiva emissione di un ἐπίσταλμα, per le vendite dubbi gravi son pôrti dai documenti, dei quali mentre alcuni attesterebbero la possibilità della iscrizione dell'acquisto senza una precedente autorizzazione a stipulare, anzi in base a mero istromento privato, altri vi contraddicono più o meno apertamente. A ciò s'aggiunga che neppure a tutti i documenti pubblici sarebbe applicabile, secondo l'E., la norma proibitiva dell'editto di Rufo; ai protocolli agoranomici ed alle ἐμολογίαι lo fu certamente, dubbio è invece se lo fosse alle συγχωρήσεις essendo incerto se la prescrizione dell'editto s'estendesse anche ai funzionari del καταλογεῖον: e quanto alle διαγραφαί (s'intende che qui non vengono in considerazione se non le διαγραφαί cosiddette 'indipendenti', quelle cioè con cui è data vita al negozio giuridico, non le altre in cui si ha un semplice riferimento al negozio già concluso), essa lo fu soltanto dal tempo in cui i trapeziti esercitarono, nella rogazione degli atti, funzioni analoghe a quelle dei notai pubblici.

Che il χειρόγραφον potesse usarsi dalle parti per costituire diritti reali immobiliari, risulta da più d'un papiro, in cui questa specie di documento è menzionata come titolo d'acquisto del diritto (πέπρακα κατὰ χειρόγραφον, e simili in P. Par. 17; CPR. 121; Tebt. II, 489; BGU. III, 983; cfr. BGU. II, 455; I, 71; Oxy. IV, 719; Grenf. II, 71; cfr. anche per la designazione di ἐμολογία del chirografo, ἐμολογῶ πεπρακέναι κατὰ τήνδε τὴν ἐμολογίαν: BGU. II, 666; BGU. III, 917; Fior. I, 66; e per la dizione ἐμολογῶ πεπρακέναι κατὰ τήνδε τὴν ἔγγραφον ἀσφάλειαν: Lips. 6; CPR. 10; Goodsp. 13). Ma che esso fosse sufficiente per ottenersi la iscrizione nei libri fondiari, sembrano negare altri papiri, dai quali risulterebbe che un secondo istromento occorreva, e precisamente un istromento pubblico. Eloquenti sono a questo proposito tre papiri, BGU. I, 50; CPR. 198; BGU. II, 619. In BGU. I, 50 si ha la vendita di un fondo compiuta mediante χειρόγραφον registrato (δεδημοσιωμένον), ma il trasferimento della proprietà è ancor da fare, poichè di esso si dice appunto che sarà eseguito mediante pubblici istromenti (καταγραφῆναι κατὰ δημοσίους χρηματισμούς). In CPR. 198 la vendita si dice fatta mediante χειρόγραφον, ma il venditore si obbliga a stipulare in aggiunta l'atto pubblico: ποιήσομαι εἰς σε τὴν διὰ τὸδε τὸ χειρόγραφον δημοσίαν πρᾶσιν καὶ διὰ τῆς βιβλιοθήκης. In BGU. II, 619 finalmente si ha la

riprova di quanto è detto nei precedenti, poichè qui appunto comparisce un χειρόγραφον confermato mediante δημοσίαι ὁμολογίαι: κατὰ χειρόγραφον τὸ κ[αὶ ἔκμε?] μαρτυρημένον διὰ δημοσίας ὁμολογίας. (A quest'ultimo va equiparato Oxy. I, 95; cfr. Mitteis, *röm. Privatrecht*, p. 310, n. 72).

L'E. non si nasconde, che contro il valor probatorio del primo pap. potrebbe osservarsi esser lecita tutt'altra interpretazione, che cioè col χειρόγραφον siasi pagato solo un acconto sul prezzo e che perciò, non essendo ancor fatta la vendita, le parti dichiarano di doverla compiere in seguito. Ancora: sia per questo, sia pel successivo, non è detto che la riserva e rispettivamente l'impegno assunto di stipulare un atto pubblico avvenga per una necessità legale, sicchè ben può pensarsi che l'atto pubblico si fosse richiesto dal compratore per una maggior garanzia del suo diritto. Ma soprattutto a contraddire quelle risultanze sta, nota l'E., il P. Giess. 19, dove effettivamente un semplice χειρόγραφον (quello con cui Πετοσίρις ha comperato i fondi che già erano stati venduti al primo compratore, ora reclamante) serve di base alla iscrizione, e ad una iscrizione (aggiunge p. 87, n. 5; p. 112, n. 4) definitiva, di un diritto già acquistato, non all'annotamento di una alienazione non ancor eseguita.

Ciò proverebbe che se in via normale la iscrizione dell'acquisto, nei trasferimenti della proprietà, avveniva in base ad istromenti pubblici, non era tuttavia inibito procedervi in base ad atti privati, qual era il χειρόγραφον. Ma come allora risolvere il conflitto tra codeste risultanze e la prescrizione dell'editto, che non sembra ammettere stipulazioni di negozi siffatti senza la cooperazione dei notai ed ufficiali pubblici, ed a questi inibisce di procedere alla rogazione dell'atto se non in seguito all'ἐπίσταλμα? Nelle προσαγγελίαι non vengono infatti citati per la rogazione dell'atto che gli ufficiali pubblici; e degli ἐπιστάλματα i due soli esemplari che ci son conservati (BGU. I, 379; Oxy. III, 483) sono indirizzati appunto a questi (il γραφεῖον o gli ἀγορανόμοι μετροπόλεως); i due che son ricordati in atti contrattuali (Fior. 1, Strassb. 52) son diretti del pari agli ἀγορανόμοι.

Ora l'E., osservando che l'editto si rivolge ai μνήμονες ed ai συναλλαγματογράφοι, mentre nelle προσαγγελίαι e negli ἐπιστάλματα si vedono ricordati i μνήμονες e gli ἀγορανόμοι, non i συναλλαγματογράφοι, avanza la seguente congettura, cui tuttavia dichiara di non attribuire altro valore che d'un mero tentativo. Nella formulazione dei χειρό-

γραφα - concepiti com'è noto nella forma epistolare e senza il concorso diretto ed ufficiale dei notai pubblici - le parti il più spesso solevano essere coadiuvate da notai privati o da scribi. Tale è precisamente il συναλλαγματογράφος che s'incontra in P. Goodsp. 13, e che vi funziona da notaio privato. È adunque congetturabile, che anche nell'editto di Rufo i συναλλαγματογράφοι siano stati considerati come notai privati, come coloro cioè di cui i contraenti si giovano per la redazione dei χειρόγραφα; sicchè nel termine μνήμονες sarebbero compresi, in contrapposto a quelli, tutti gli ufficiali pubblici. Si spiegherebbe così, da un canto, perchè nell'editto non son nominati gli ἀγορνόμοι, che s'incontrano invece nei casi pratici di ἐπιστάλματα; e sarebbe dall'altra notevolmente ridotto il campo di non applicazione della regola dell'editto. Perocchè, messa da parte la categoria delle συγχωρήσεις e tralasciando il caso delle ὁμολογίαι private (la cui esistenza è più che dubbia), i soli atti pei quali non vi sarebbe stata necessità del preventivo ἐπίσταλμα erano i χειρόγραφα redatti esclusivamente dai contraenti, mentre quelli in cui concorreva l'opera dei notai privati (συναλλαγματογράφοι, in questo senso) non ne sarebbero stati esenti. Ma pei χειρόγραφα meramente privati resterebbe pur sempre aperta la questione, se non avessero poi bisogno, per operarsi l'iscrizione, d'un successivo istromento pubblico. E quest'ultimo punto egli ritiene non risolubile oggi, col materiale che possediamo.

La soluzione definitiva del grave problema è, come si vede, riservata. Nè della prudenza usata dall'E. si può fargli carico. Tuttavia chi volesse, allo stato degli atti, cercare una spiegazione definitiva, potrebbe pensare ancora ad una ipotesi che non è forse del tutto infondata, sebbene possa sembrare improbabile.

È da considerare innanzi tutto che dei papiri che menzionano vendite chirografiche, il solo che veramente alluda ad iscrizione fondiaria è il pap. Giess. 19. Tutti gli altri parlano soltanto di compera eseguita mediante χειρόγραφον (πέπρακα, ὁμολογῶ πεπρακέναι); nè vi alludono neppur quelli dove la formula è più ampia, come Fior. I, 66, Goodsp. 13 (ὁμολογῶ πεπρακέναι καὶ καταγεγραφεμέναι), perchè il καταγράφειν significa tecnicamente forse soltanto (tuttavia la cosa è molto disputata, Eger, p. 110 n. 1, cfr. contra Rabel, *Sav.-Stift.* XXVIII, p. 360 n. 5 e *Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders*, p. 107) trasferimento della proprietà e non altro (che poi a trasferir la pro-

prietà non sia necessaria, oltre il documento scritto pubblico o privato, anche la iscrizione nei registri fondiari, si vedrà più oltre) Ora, sebbene il testo che qui l'E. ha pubblicato del pap. Giess. 19 e che nel suo passo fondamentale suona: « ἐπεὶ δὲ σήμερον μεταλαμβάνω Πετοσίριν τινα Παχομφαίτος ἀπογεγράφαι εἰς τὴν τῶν ἐγκτήσεων βιβλιοθήκην ἀντίγραφον χειρογράφου ὡς γενομένον (l. γενομένης) αὐτῷ ὑπὸ τοῦ Ἀπολλωνί[ου] πράσεως τῶν αὐτῶν τόπων ... καὶ βούλεσθαι τούτους μεταπωλῆσαι », non offra l'adito a considerazioni diverse da quelle che ho fatto più sopra, tuttavia non è illecito intendere in un modo alquanto difforme da quello dell'editore l'ἀπογεγράφαι εἰς τὴν β.

Afferma infatti l'istante Ψενταχοῦμις, rivolgendosi allo stratego, d'aver saputo che Πετοσίρις ha denunciato alla βιβλιοθήκη il suo acquisto, presentando copia del χειρόγραφον. Ma l'ἀπογεγράφαι, che è termine tecnico per la richiesta della iscrizione, non implica di per sè che l'iscrizione stessa sia avvenuta: che i βιβλιοφύλακες l'abbiano eseguita o dovessero comunque eseguirla, non è detto. Vero è che il ricorrente dimostra di supporlo; e se il βούλεσθαι μεταπωλῆσαι s'ha da intendere come d'una προσαγγελία presentata dal Πετοσίρις per ottenere con un ἐπίσταλμα l'autorizzazione a rivendere, l'avrebbe concepita possibile non solo il ricorrente, ma anche lo stesso Πετοσίρις. Sicchè non sarebbe per lo meno naturale ammettere, che l'uno e l'altro abbiano errato. Ma, d'altro canto, come spiegare la richiesta che della sospensione della vendita rivolge il ricorrente allo stratego? Se l'iscrizione a favore di Πετοσίρις era regolarmente e definitivamente avvenuta, come concepire che pel solo reclamo di Ψενταχοῦμις i βιβλιοφύλακες potessero rifiutare all'acquirente il diritto di vendere? L'E. (p. 87) pensa che forse il χειρόγραφον del secondo compratore sia falsificato e che in un tal vizio risieda il motivo dell'attacco. Ma se su ciò avesse fondato il suo reclamo, non avrebbe ommesso l'istante d'accennarlo; mentre da tutto il complesso, per quanto monco, del papiro chiaramente risulta che l'impugnativa è fondata sulla precedenza dell'acquisto del reclamante. Egli è dunque non del tutto ingiustificato supporre, che la compravendita a favore di Πετοσίρις sia stata da questo semplicemente denunciata e, se si vuole, anche provvisoriamente annotata, senza che tuttavia il diritto di proprietà fosse definitivamente iscritto al suo nome, appunto perchè non preceduta dall'ἐπίσταλμα. La validità della provvisoria iscrizione, essendo pertanto meno piena della

normale παράθεσις, rendeva possibile al precedente acquirente di portare avanti al magistrato la controversia sul campo della buona fede e di domandare intanto la sospensione di ogni ulteriore atto d'alienazione.

9. — A questo punto mi sembra utile richiamare l'esame critico cui l'E. ha sottoposto quella singolare 'clausola salvatoria', di cui pure il Lewald (p. 56) s'è occupato e con la quale il richiedente la παράθεσις dichiara non dover la propria iscrizione costituire impedimento ai diritti risultanti eventualmente già in precedenza iscritti a favor di terzi. Si riconnette infatti codesta questione, almeno in parte, a quella or ora trattata, perchè se il richiedente la παράθεσις enuncia la possibilità che diritti a favor di terzi risultino iscritti prima del proprio acquisto, ciò non sembra ammissibile se non in quanto la προσαγγελία e l'ἐπίσταλμα — che per regola avrebbero dovuto precedere — siano stati omessi in quel caso: non è lecito supporre che i βιβλιοφύλακες abbiano emesso l'autorizzazione in contraddizione delle risultanze dei libri fondiari, omettendo di menzionare ipoteche o diritti reali già iscritti o peggio ancora accordando l'ἐπίσταλμα quando non apparisse iscritto come proprietario chi si proponeva di disporre del fondo.

I documenti studiati sono quegli stessi esaminati dal Lewald: Gen. 41, Class. Philcl. 2. BGU. I, 243, nonchè il papiro amburghese che anche all'E. è stato privatamente comunicato dal Meyer.

E su di essi l'E. espone e rende molto verosimile una sua acuta congettura (pp. 131-138; cfr. pp. 57 e 204), che forse par proprio abbia colto nel segno e data la spiegazione della enigmatica clausola.

Ciò a cui bisogna pôr mente — e qui appunto starebbe la chiave dell'apparente enigma — è il fatto che tutti e quattro i documenti non sono già una ἀπογραφή, ossia una normale professio. Infatti la formula in essi adoperata non è già l'usuale ἀπογράφομαι, ma piuttosto un « ἐπιδίδωμι εἰς τὸ τὴν παράθεσιν γενέσθαι », a cui dovrà poi seguire in un momento ulteriore la presentazione dell'ἀπογραφή accompagnata dalla regolare copia del titolo di acquisto. La riserva dell'ulteriore presentazione dell'ἀπογραφή comparisce evidente in tre dei pap. citati (Gen 44; BGU. I, 243; pap. Amb.), poichè in essi è detto subito dopo l'ἐπιδίδωμι: « ὁπόταν γάρ τὴν ἀπογραφὴν αὐτοῦ ποιῶμαι, [ἀποδείξω, ὡς ὑπάρχει]

καὶ ἔστι καθαρὸν μὴδενὶ κρατούμενον ». E manca soltanto in Class. Philol. 2 (τὴν δὲ παράθεσιν ποιούμεαι μὴδενὸς προκατεσχημένον δημοσίῃ ἢ ιδιωτικῇ τινι λόγῳ διὰ τοῦ βιβλιοφυλακίου), dove forse la sua assenza è dovuta soltanto al caso (p. 132). A quella riserva segue immediatamente la clausola: σὶ δὲ φανείη ἐτέρῳ προσήκον κ. τ. λ.

Ora, poichè la riserva da un canto e dall'altra la παράθεσις che tuttavia si chiede con quella formula insolita non possono non essere in intimo rapporto col fatto che l'alienante non è iscritto nei libri, l'A. pensa che la παράθεσις di cui qui si fa domanda dall'acquirente non può essere identica alla παράθεσις che ha luogo in seguito alla normale ἀπογραφὴ. Deve dunque trattarsi di una iscrizione meno piena, non definitiva, qual'è quella che si esegue in condizioni normali; una iscrizione provvisoria, con i caratteri e l'efficacia di una semplice prenotazione, che si tramuterà in definitiva quando, regolate le iscrizioni che avrebbero dovuto precedere, le risultanze dei registri fondiari siano state rese conformi ai presupposti del negozio giuridico, mediante la iscrizione del fondo al nome dell'alienante.

Su questa via la spiegazione si presenta agevole e piana. I βιβλιοφύλακες non possono, in ossequio della disposizione dell'editto di Rufo, ricevere l'ἀπογραφὴ ed operar la trascrizione (μεταπαράθεσις) del fondo dall'alienante all'acquirente, perchè l'alienante stesso non figura sui registri. Ma l'acquirente ha fin d'ora interesse che, salvi i diritti già acquistati dai terzi, del suo acquisto si prenda subito nota, affinché non accada che, mentre si provvede alla legittimazione dell'alienante, altre alienazioni siano compiute in suo danno. E questo interesse la βιβλιοθήκη protegge, concedendo in luogo della regolare iscrizione un annotamento dell'avvenuta alienazione accanto al nome di colui che attualmente figura ancora come proprietario del fondo. L'annotamento ha virtù d'impedire - o meglio di render nulla - qualsiasi ulteriore disposizione da parte dell'alienante. Ma poichè appunto esso ha carattere provvisorio e condizionato alla legittimazione dell'alienante, debbono esser fatti salvi i diritti che eventualmente abbiano già altri acquistato sugli stessi fondi: e solo quando questi non risultino e la prova della legittimazione dell'alienante sia debitamente fornita, mediante la relativa ἀπογραφὴ, si procederà alla iscrizione definitiva dell'acquirente, trasportando (μεταπαράτιθεσθαι) il fondo al nome di questo e convalidando così la iscrizione provvisoria.

La condizione d' 'iscritto provvisorio' non dava pertanto la sicurezza d'ottenere poi la intestazione definitiva, ma era pur giovevole per garantir l'acquirente contro successive alienazioni. E se difficoltà insorte in un primo passaggio avevan reso impossibile la prima παράθεσις, tutte le ulteriori rimanevano in sospenso sin quando quella non si fosse a cura dei successivi acquirenti regolarizzata. Che anzi la ragione per la quale il compratore di Gen. 44 non può essere iscritto risiede appunto in ciò, che il venditore era nel registro semplicemente indicato con un annotamento a margine del nome del suo autore, e non definitivamente iscrittovi nel proprio foglio (διακείμενος κατὰ παράθεσιν... ἐπ' ὀνόματος τοῦ ὑποχειρίτου): sicchè qui ad un prenotazione ne segue un secondo e l'uno e l'altro non si convalideranno, se non prima sia compiuta la iscrizione anteriore.

La sola obbiezione, che contro l'acuta congettura può muoversi è che al termine παράθεσις si finisce così con l'attribuire un duplice e diverso significato: esso esprimerebbe in via generale e più di frequente la tecnica 'iscrizione', ma talvolta e in casi eccezionali un semplice 'annotamento', senza effetto definitivo, avente soltanto uno scopo conservativo e di mera garanzia. Viceversa, poichè nella iscrizione delle ipoteche e degli altri iura in re aliena la παράθεσις avviene, come pensa l'E, mediante annotamento al nome del proprietario del fondo gravato, l'annotamento per gli iura in re aliena e le ipoteche avrebbe invece carattere definitivo e non sospensivo o condizionale, funzione regolare e non eccezionale. Distinzione codesta che si complica, se si tien conto della terminologia usata nei documenti: perocchè se il significato di annotamento o iscrizione provvisoria è sempre nella formula ἐπιδίδωμι εἰς τὸ τὴν παράθεσιν γενέσθαι, per gli iura in re e le ipoteche noi troviamo tanto l'ἐπιδίδωμι εἰς κ. τ. λ. quanto l'ἀπογράφουμαι.

Tuttavia, comunque sia di ciò, anche il caso di Tebt. II, 318, dove è chiesta la παράθεσις di un diritto d'ipoteca usandosi quella medesima clausola di salvezza a favore dei terzi, è dall'E. riconosciuto siccome eccezionale. E la ragione della riserva pei terzi non può esser ricercata, se non nel fatto che tra la costituzione ipotecaria e la richiesta di παράθεσις sono corsi circa quattro anni, durante i quali altri può aver acquistato diritti sui fondi; il che a sua volta non può essere accaduto, se non in quanto nel contrarre i mutui la creditrice

non fece precedere la regolare *προσαγγελία* e l' *ἐπίσταλμα*, con cui ogni successiva alienazione in danno di lei sarebbe stata impedita. Laonde essa, mentre conosce che i fondi erano iscritti come proprietà dei debitori, ignora se nel frattempo siano su di essi avvenute mutazioni posteriori.

10. — Circa l' *ἀπογραφή*, opportunamente l'a. osserva (p. 119 sgg.) che, poichè appunto da questa la *βιβλιοθήκη* ha notizia definitiva dell'intervenuto mutamento giuridico del fondo, ad essa sono soggetti non solo gli atti contrattuali di alienazione, di costituzione di diritti reali o di estinzione dei medesimi, ma anche tutti gli altri che son causa d'acquisto di diritti immobiliari, in prima linea le successioni ereditarie. Sono professiones d'acquisto in base a compravendita CPR. 17; Tebt. II, 323 e 472; Lond. III, 941, p. 118; 942, p. 119; 945, p. 120; Lips. I, 3; Strassb. I, 34; Havara, p. 80; hanno per oggetto acquisti ereditari in base a testamento o a successione ab intestato BGU. III, 919; 1034; Lond. III, 940, p. 117; Lips. I, 9, ai quali devonsi aggiungere Oxy. I, 75; III. 636, che l'E. (e pel primo è con lui d'accordo il Lewald) attribuisce alla categoria delle *ἀπογραφαί* normali o regolari, non a quella delle generali come avevano opinato gli editori (forse anche Oxy. III, 482 e 638?); sono infine denunce di costituzione di iura in re aliena Lips. I, 8 (ipoteca), Oxy. IV, 713 (*κατοχή* d'un figlio) o di estinzione di essi Amh II, 71.

Entro quali termini dall'atto d'acquisto la professio debba esser fatta non è possibile stabilire, perchè i documenti o non danno indicazione dell'intervallo tra l'atto d'acquisto e l' *ἀπογραφή* o dove lo designano, lo mostrano variabilissimo; da denunce che avvengono nello stesso giorno del contratto (Tebt. II, 323, 472; Lips. I, 3) o quattro giorni dopo (Strassb. I, 34), si va a contratti denunciati sei mesi dopo (Lond. III, 941, p. 118), a successioni ereditarie denunciate 20 anni dopo la morte (Lond. III, 940, p. 117; undici anni dopo la confezione del testamento in Lips. I, 9). Ma poichè la iscrizione serviva appunto a render pubblico e certo il diritto del titolare, confermando e rendendo definitiva la prenotazione dove aveva preceduto la *προσαγγελία*, introducendo per la prima volta il diritto nei *διαστώματα* dove questa non aveva preceduto (come è sempre negli acquisti *mortis causa*), è logico presumere che, mentre nessuna norma dettasse termini peren-

tori per la presentazione dell' ἀπογραφή, fosse nell' interesse del titolare il produrla subito.

Egli è a questa considerazione che conviene ispirarsi, io credo, per risolvere il quesito circa la persona dalla quale la professio deve essere fatta: e infatti normalmente sarà l'acquirente del diritto e lui solo, che curerà la professio. Che se in qualche caso (compravendita: Lond. III, 942, p. 119; 945, p. 120; Lips. I, 3; costituzione d'ipoteca: Lips. I, 8) la dichiarazione del titolare è accompagnata dal consenso (εὐδόκησις) dell'alienante o concedente il diritto reale, è certo che questo non devesi considerar necessario ed è più che dubbio se, come accenna l'E. (p. 122, n. 4), quel consenso, che s'incontra in quasi tutte le ἀπογραφαί provenienti da Hermupolis e appartenenti al III sec., sia da porsi in relazione con la congettura che in questo tempo e in quella località usasse di far l'ἀπογραφή senza precedente προσαγγελία ed ἐπίσταλμα.

Distinta dall' ἀπογραφή propriamente detta sarebbe poi la domanda d'iscrizione che si ha nella formula ἐπιδίδωμι εἰς τὸ τὴν παράθεσιν γενέσθαι, perchè il suo effetto sarebbe non l'iscrizione vera e propria, ma una iscrizione provvisoria. È invece iscrizione definitiva e perfetta quella che può chiedersi dagli ἀγοράνομοι. Che gli agoranomi potessero infatti denunciar loro l'acquisto risulta da BGU. IV, 1072 recto col. I e da Oxy. II, 274; e ciò non solo quando l'atto si fosse rogato da loro stessi, ma anche nel caso opposto, per incarico che ad essi poteva esser dato. Dubbi sorgono però, in ordine a queste ἀπογραφαί, se esse sostituissero in ogni loro effetto quelle della parte e, concorrendo l'una con l'altra, quali fossero precisamente i rapporti loro, quali gli effetti di ciascuna. È del tutto incerto infatti se, avvenuta la professio degli agoranomi, dovesse essa venir ripetuta dalle parti, se nella ipotesi negativa bastasse la prima a produrre la παράθεσις, se e quali forme fossero prescritte per essa. A tutti codesti quesiti i documenti non danno per ora risposta, nè congetture fondate su diversità di sistemi da luogo a luogo o da secolo a secolo sembrano pel momento possibili, nonostante i tentativi fatti dall'a. per trarre dallo studio dei testi, secondo la provenienza loro, gli elementi per risolvere il problema (p. 140-144).

11. — Negli atti che la βιβλιοθήκη compie quando procede alla iscrizione bisogna distinguere due momenti: quello in cui i βιβλιοφύλακες ricevuta l'ἀπογραφὴ ne esaminano il contenuto e constatane la corrispondenza esatta con le risultanze del libro fondiario ne ritengono una copia (ἔσχον ἴσον) e restituiscono alla parte l'altra con la menzione dell'avvenuta registrazione (κατεχώρισα); l'altro in cui il diritto legittimamente acquistato e denunciato viene iscritto nel διάστωμα al nome dell'acquirente e, se trattasi di iura in re aliena, al nome altresì del proprietario del fondo gravato.

Le numerose ἀπογραφαὶ che terminano con annotazioni dei βιβλιοφύλακες o dei loro scrivani rivelano, come il compito di quelli consista principalmente nel controllare la corrispondenza tra i presupposti di fatto e di diritto della professio e le risultanze del διάστωμα. Dove un impedimento essi riscontrano, menzione ne viene fatta a piè dell'ἀπογραφῆ. Così in Lond. III, 940, p. 118 essi dopo aver asodato che lo zio, di cui la eredità è passata ai nipoti, era già iscritto, par che chiedano ulteriori documentazioni sull'acquisto ereditario per poter iscrivere i nipoti. Viceversa, in Lips. I, 9, ove i tre figli orfani d'un creditore ipotecario chiedono la trascrizione della ipoteca al nome loro, il βιβλιοφύλαξ certifica che i tre richiedenti non sono ancora iscritti sotto il nome della debitrice, e poichè le disposizioni del testamento paterno di cui essi han presentato copia sono riconosciute valide, una copia dell'ἀπογραφῆ vien ritenuta, il che vuol dire che impedimenti non si ravvisano per l'iscrizione.

Eseguito il controllo, i βιβλιοφύλακες passano alla iscrizione (παράθεσις). Che con questa andasse congiunta la conservazione dei documenti su cui essa si fonda, non è da porre in dubbio. E limitatamente a questi atti può anche dirsi che la βιβλιοθήκη funzionasse come un archivio. Ma, come ho altrove accennato, siffatta funzione è meramente accessoria; nè mi pare opportuno assegnare, come fa l'E. (p. 156), al termine παράθεσις il duplice significato di iscrizione e di deposito di documenti; il termine è tecnico per l'atto della iscrizione come dimostrano i passi della Pet. di Dion. Oxy. II, 237, col. VIII, l. 26, l. 34 (παραιθέτωσαν = iscrivere, ἐντίθεσθαι τὰ ἀντίγραφα τῶν συγγραμῶν = depositare e in senso traslato iscrivere).

Concorde col Lewald, l'a. pone anch'egli in rilievo come per διάστωμα non debbasi intendere il foglio singolo personale, ma piut-

tosto il prospetto o registro di tutti i diritti immobiliari nell'ambito del κώμη. Ogni villaggio cioè ha un proprio διάσπρωμα, composto di più fogli nei quali i titolari sono iscritti per ordine alfabetico, e (poichè i libri sono ordinati non solo κατὰ κώμην ma anche κατ' εἶδος) sotto ogni intestatario son tenute distinte le varie specie di diritti (divisione per natura dei diritti, come proprietà, ipoteche, privilegi, ovvero per natura d'immobili, fondi rustici, edifici ecc.?). Più particolarmente il διάσπρωμα è diviso in rotoli (στοιχεῖα) e questi sono ordinati alfabeticamente secondo l'iniziale del nome dell'intestatario; i rotoli a loro volta si compongono di pagine (κολλήματα) numerate. Così in BGU. III, 959 l'indicazione ἐκ διασπρώ(ματος) Σοκνοπ(αίου) Νήσου στοιχ(είου) ε κολλ(ήματος) ιζ designerebbe nel διάσπρωμα di questo villaggio il rotolo in cui erano intestati i titolari aventi nome con iniziale ε ('Εριεύς in questo caso), e di quel rotolo la pagina 17. Il che sarebbe confermato, come giustamente osserva l'E., da Fior. I, 97 dove su un medesimo foglio sono annotate parecchie iscrizioni (non meno di sei ne sono conservate) relative ad intestatari diversi, di cui i nomi che possono ancor riconoscersi hanno l'iniziale π (στοιχεῖον π ?): e da BGV. IV, 1072, di cui le due colonne salvate contengono la iscrizione di diritti immobiliari spettanti rispettivamente ad un Σανονεύς e ad un Σενδεύς (στοιχεῖον σ). - In un altro estratto di διάσπρωμα invece (Oxy. II, 274) le tre iscrizioni son relative tutte a diritti spettanti ad un solo titolare (Sarapion), e questi vi son forse divisi per genere (1° quota di proprietà su una casa con corte di provenienza ereditaria; 2° ipoteca su un edificio in garanzia d'un mutuo; 3° quota di condominio su un sepolcro); e, come in Fior. I, 97 le singole iscrizioni dei vari intestatari sono separate e distanziate da uno spazio bianco per far luogo ad eventuali successive annotazioni, così lo sono le tre iscrizioni di Sarapion; di cui la seconda tuttavia reca in margine due annotamenti successivi. Notevole è poi in BGU. IV, 1072 e in Oxy. II, 274 una particolarità, che cioè le iscrizioni di questi estratti si dicono trasportate sul nuovo διάσπρωμα da un διάσπρωμα precedente (BGU. 1072: διὰ τοῦ πρὸ τούτου διασπρώματος; Oxy. 274: μετηνέχθη).

Da tutto ciò risulta ben chiaro il sistema seguito per la compilazione dei fogli. Gli acquisti vengono iscritti al nome di ogni titolare e i titolari vengono disposti in ordine alfabetico nei rotoli, che

si compongono ciascuno di più fogli. Tra l'uno e l'altro nome, e inoltre tra l'una e l'altra iscrizione dello stesso titolare è lasciato uno spazio libero per inserirvi gl'intestatori nuovi o le modificazioni alle intestazioni già esistenti. Ma non sempre questa norma è seguita; e quando lo spazio manca, si ricorre al bianco del margine. Era in sostanza un sistema molto analogo a quello che nei tempi passati fu in uso per gli antichi cataloghi a volume delle biblioteche. E naturalmente, come questi, anche i διαστώματα dovevano presentare inconvenienti pratici: nè l'ordine alfabetico poteva con un tal sistema esser sempre e rigorosamente osservato, nè tutti gli aggiornamenti era possibile annotarvi se oltre lo spazio interlineare, anche quello marginale era colmato. Quando ciò accadeva, è logico pensare che i βιβλιοφύλακες dovessero necessariamente ricorrere al rimedio di ricopiare in tutto o in parte i rotoli, riordinandovi la materia e lasciando nuovi spazi bianchi per le ulteriori registrazioni: così solamente possono spiegarsi in modo soddisfacente gli accenni ad un διαστωμα anteriore.

Se codeste norme dei libri fondiari fossero state sempre e con rigore rispettate, la βιβλιοθήκη avrebbe dovuto giorno per giorno rispecchiare l'attuale condizione giuridica dei fondi: ma errori ed omissioni dovettero esser commessi da parte non solo dei privati, ma altresì dei funzionari a quella preposti. E ciò spiega la necessità delle revisioni generali, ordinate frequentemente dai prefetti, ed eseguite sulla base di απογραφαι generali. A questa categoria l'E. assegna sostanzialmente gli stessi papiri indicati dal Lewald (esclusi ne vuole egli pure Oxy. III, 636 a. 102; Oxy. I, 75 a. 129 e forse anche Oxy. III, 482 a. 109; 638 a. 112), ma la serie fa incominciare dall'a. 61 circa con BGU. I, 112 e Oxy. II, 250; sicchè essa comprenderebbe il periodo dal 61 circa al 131. Più in là di quest'anno non crede sia lecito andare, perchè nè l'editto di Sulpicio Simile citato nella Pet. di Dion. (Oxy. II, 237 col. VIII, l. 21-27), sul quale Grenfell e Hunt si fondano per ammettere una revisione nell'a. 182, ordinerebbe una revisione generale; nè in Oxy. I, 78, che secondo gli editori ne attesterebbe una nel III secolo, sarebbe da ravvisarsi una απογραφή indirizzata alla βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων (la dimostrazione però che della precisa natura del documento l'a. tenta più oltre, p. 192-193, non è del tutto soddisfacente). Ora dal materiale fin qui pubblicato anch'egli riconosce non potersi

ricavare la prova dell'osservanza di periodi fissi per queste revisioni. Potrebbe risulterne invece che gli editti, con cui la revisione era ordinata, venivano emanati forse per più città insieme o addirittura per tutta la regione; ma anche su ciò vogliono esser fatte riserve. (Particolari note critiche sui singoli documenti sono qui fatte dall'a., ma non tali da autorizzare ancora la formulazione di regole sicure e generali).

12. — A completare il quadro delle varie specie di ἀπογραφαι, sono infine ricordate ancora due categorie di *professiones*, che hanno però tutt'altra natura e scopo affatto diverso dalle ἀπογραφαι sin qui considerate. Sono queste le ἀπογραφαι non indirizzate alla βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων, ma che pur interessano direttamente o indirettamente l'ordinamento della proprietà fondiaria, sebbene mirino a fini che non sono quelli cui presiede la β. ἐγκτήσεων.

Riflettono in modo indiretto la proprietà immobiliare le ἀπογραφαι κατ' οἰκίαν, che si presentano a periodi di 14 anni alla βιβλιοθήκη δημοσίων λόγων in seguito a speciali ordinanze del prefetto, perchè pur mirando esse a tutt'altro scopo, qual'è il censimento della popolazione, avevan però relazione con l'ordinamento della proprietà fondiaria, in quanto erano ad esse tenuti i proprietari delle case. Poichè per accertare la legittimità delle denuncie in ordine alla persona del dichiarante, indagini dovevano istituirsi ad assodare se il denunciante fosse il proprietario (ed è per ciò appunto che in esse si trova fatta dallo stesso dichiarante l'indicazione del suo titolo d'acquisto), è da supporre che presso la β. δημοσίων λόγων si conservasse traccia dei titoli di proprietà almeno rispetto agli edifici: ad una iscrizione, in questo senso, del titolo di proprietà si riferirebbero, secondo l'a., gli accenni di iscrizione di case che in alcuni papiri si dicon fatte ἐν τῇ κατ' οἰκίαν ἀπογραφῇ (Lond. III, 1164 k p. 166; BGU. III, 983).

In modo più diretto si riferisce alla proprietà fondiaria un'altra categoria di ἀπογραφαι, indirizzate allo στρατηγός, al βασιλικός γραμματεὺς ed al κομογραμματεὺς, con le quali è denunciata l'ἄβροχος γῆ, cioè la terra rimasta asciutta nelle annuali inondazioni del Nilo (BGU. I, 139, 148; III, 973; Grenf. II, 56; Fay. 33; Tebt. II, 324). Scopo di esse è la revisione della imposta cui le terre sono soggette, revisione che s'opera ogni anno in seguito ad una ispezione (ἐπίσκεψις) e a cui

son di fondamento speciali liste catastali, compilate per fini meramente fiscali e del tutto distinte, adunque, dai libri fondiari.

A questo proposito, è da notare che tanto l'Eger (p. 184, n. 1, 185, n. 4) quanto il Lewald (p. 81, n. 2), seguendo il Wilcken (*Arch. f. Papf.* IV, p. 177), respingono la spiegazione ch'io tentai di dare dell'ἄβροχος γῆ nell'interpretare il pap. Brux. I, nel senso cioè che per ἄβροχος potessero intendersi quei terreni, i quali bagnati dalla inondazione fosser rimasti all'asciutto e perciò in condizioni più favorevoli per la produzione che non gli altri rimasti coperti dall'acqua o paludosi (*Bull. Ist. dir. rom.* XV, p. 201). E non disconvegno che quella mia spiegazione fosse molto arrischiata ed in opposizione col più normale significato di ἄβροχος. Tuttavia essa mi pareva l'unico rimedio per conciliare due fatti in sè contraddittori ed altrimenti inspiegabili: la maggior produttività da un canto dell'ἄβροχος in confronto della σπορίμη γῆ e la corrispondente più alta sua imposizione, secondo le chiare e concordi risultanze del pap. Brux. I; dall'altro la leggendaria feracità delle annuali inondazioni del Nilo, per la quale necessariamente l'ἄβροχος γῆ dovrebbe risultarci meno produttiva, se per ἄβροχος devesi intendere la terra non tocca dall'inondazione.

Ora di questa contraddittorietà singolare nè il Lewald nè l'Eger danno alcuna spiegazione. Essi affermano che le ἀπογραφαί in discorso hanno per iscopo di far ottenere ai possessori la riduzione della imposta per cagion della mancata inondazione. Ma quel che rimaneva e rimane ancor da spiegare è perchè l'ἄβροχος sia tassata più alta della terra inondata (βεβρεγμένη) e come avvenga ch'essa possa essere più produttiva. Se i due fatti sono, come sembra, in rapporto diretto tra loro sicchè la più alta tassazione sia una conseguenza della maggiore produttività, è di questa maggior feracità che bisogna ricercar la causa; e convien riconoscere che non è agevole trovarla, salvo che non ci s'induca a smentire la fama secolare delle benefiche inondazioni niliache e ad ammettere che con la irrigazione artificiale gli Egizi sian riusciti ad ottenere assai più nella coltura delle loro terre. Che se i due fatti si scindono e si considerano indipendenti, può ancor trovarsi alla più alta tassazione una spiegazione soddisfacente nella congettura avanzata dal Mayence e dal De Ricci (*Musée Belge*, VIII, p. 116), secondo i quali essa deriverebbe dalla corrisposta che dovevano allo Stato i possessori dei fondi pel bene-

ficio della irrigazione, che v'era appunto organizzata come un servizio pubblico.

D'altro canto, sebbene queste ἀπογραφαί si presentino logicamente siccome indirizzate al fine di conseguire una riduzione dell'imposta, convien ricordare che in nessuna di esse di questo scopo si fa mai cenno. Il contenuto loro sostanziale che, salvo lievi varianti, sembra riprodurre un formulario unico e tradizionale, comune a tutta la regione e forse tramandato di scriba in scriba, è concepito così: κατὰ τὰ κελευσθέντα ὑπὸ τοῦ λαμπροτάτου ἡγεμόνος (nome del prefetto) ἀπογράφονται τὰς ὑπαρχούσας μοι περὶ κώμην (nome del villaggio) ἀρούρας (numero delle arure) ἢ βροχηκίας (oppure ἐν ἀβρόχῃ) πρὸς τὸ ἐνεστώτος ἔτος. Due volte sole si ha l'accenno alla imposta che grava le terre denunciate (BGU. I, 139: ἀρούρας δύο τελούσας ἀνὰ πυροῦ μίαν ἡμισυ; Tebt. II, 324: ἀρούρας ἕξ... τελούσας ἀνὰ πυροῦ μίαν); giammai allusione vien fatta alla diminuzione della imposta. Pure, questo era lo scopo fondamentale della istanza. O forse, appunto perchè così, era ritenuto superfluo il dichiararlo, sicchè la sola denuncia bastava a dimostrare l'intenzione di conseguire la riduzione? Ma allora, come spiegare la maggior tassazione dell'ἄβροχος?

Più riservato il Mitteis, nel commentare una interessante lettera relativa a questa materia (Lips. I, 105, dichiara che l'istanza doveva aver per iscopo di ottenere che, prima della tassazione, si detraesse dal compendio dei fondi di ogni singolo contribuente la parte rimasta asciutta, ma che è tutt'altra questione il vedere se questa parte veniva poi assoggettata ad una imposta più bassa del tasso normale (op. cit. p. 307, n. 1). Certo, lumi ci vengono oggi da quest'ultimo testo, poichè qui alla terra inondata (βεβρεγμένη) vien contrapposta la terra che ha bisogno della irrigazione artificiale (ἐπεντλημένη) e che è appunto l'ἄβροχος. Identificando l'ἄβροχος γῆ con la terra irrigata mediante canali artificiali (cfr. Kornemann in *Klio*, VIII, p. 407, n. 2 e Weber, *Agrargeschichte in Handwörterbuch des Staatswiss.* I⁸ p. 133 citato dal Kornemann) si può pensare che la metodica irrigazione abbia prodotto effetti migliori della inondazione e reso quindi più produttivi i terreni, provocando un rialzo nella imposizione. Ma ancor tutto non è chiaro (cfr. P. Lille, I, 26, p. 117 nota alla l. 3).

Ad ogni modo, quel che è incontestato è che accanto ai libri fondiari esisteva, nell'ufficio del κομογραμματοεὐς, un catasto con destina-

zione ad usi fiscali, cioè precisamente agli effetti della corresponsione della imposta, nel quale se pure il rapporto di proprietà veniva preso in considerazione, ciò che soprattutto premeva e si registrava era il nome della persona responsabile dell'imposta. Poichè a fini diversi mirava da quella della β. ἐγκτήσεων, è naturale che la compilazione di esso e le iscrizioni che vi si operavano fossero del tutto indipendenti da quelle proprie della β. ἐγκτήσεων. Dalle quali anche per un altro riguardo dovevano differire; chè mentre queste avvenivano sulla base esclusivamente delle dichiarazioni dei privati (come i documenti comprovano), le iscrizioni nel catasto del κομογραμματοῦς avevan luogo in parte in base a dichiarazioni di privati, in parte d'ufficio, per indagini che i funzionari di esso eran chiamati ad istituire nell'interesse del fisco.

Di codesta indipendenza del catasto dai libri fondiari l'E. si mostra persuaso. Ma quando, traendo le conclusioni dal diligentissimo suo studio, egli affronta il problema finale, la ricerca cioè delle funzioni proprie della β. ἐγκτήσεων e l'esame della questione se oltre allo scopo della pubblicità della proprietà fondiaria la β. ἐγκτ. ne avesse ancora uno di natura fiscale in ordine alla imposizione dei tributi, una certa perplessità lo trattiene dall'escludere recisamente qualsiasi rapporto tra le due istituzioni e dal negare alla β. ἐγκτ. (come ha fatto il Lewald) una qualche competenza nella materia delle imposte fondiarie. Non sostiene già l'E. che alla imposizione del tributo provvedesse proprio la β. ἐγκτ.; ma crede che rapporti tra l'ordinamento delle imposte e le funzioni della β. βλαιοθήκη ἐγκτ. Vi fossero, e abbastanza intimi, se, ad esempio in BGU. IV, 1073, viene attestato che della immunità (ἀτέλεια) spettante al membro d'un sodalizio dionisiaco si può chiedere la παράθεσις nella β. ἐγκτ.

Codesta incertezza a me sembra infondata, e più raccomandabile all'incontro l'opinione decisa, che nega ogni funzione in questa materia alla β. ἐγκτ. A parte il dubbio che l'immunità qui si riferisca piuttosto alle tasse di trasferimento (nelle quali certamente essa ha una sua competenza ed esercita quanto meno un controllo) che non alle imposte fondiarie, la immunità poteva pur ricevere consacrazione nei libri fondiari siccome condizione privilegiata d'un fondo o d'un compendio di fondi, senza che perciò debbasi ammettere una funzione specifica nella β. βλαιοθήκη: alla quale questa è negata implicitamente

da tutti i documenti fin qui noti, che sempre quando ad essa si riferiscono costantemente trascurano ogni accenno all'ammontare dell'imposta, alla persona che vi è tenuta, e così via.

La funzione sua propria è dare pubblicità ai trasferimenti della proprietà fondiaria e tutelare così la buona fede nelle contrattazioni, in quanto ai privati è offerto un modo sicuro per conoscere la situazione giuridica dei fondi e garantirsi contro le frodi. Ma qui appunto sorgono i problemi più gravi circa la natura giuridica e gli effetti dell'iscrizione fondiaria nei rapporti di diritto privato.

Il quesito fondamentale è se l'iscrizione abbia efficacia reale, e se essa sia indispensabile per l'acquisto del diritto reale, sicchè non fatta la iscrizione, l'acquisto debba ritenersi non avvenuto; ovvero se l'acquisto sia perfetto anche prima o senza dell'iscrizione, ma non possa farsi valere in confronto dei terzi acquirenti di buona fede ove l'iscrizione non abbia avuto luogo. A risolvere nell'uno o nell'altro senso le varie questioni, che a questo punto si riannodano, non vi hanno in verità elementi sufficienti e sicuri nei papiri fin qui pubblicati. In base a considerazioni d'ordine generale e fondandosi in particolar modo sulle dichiarazioni dell'editto di Rufo, l'E. si mostra propenso ad ammettere l'efficacia reale, sebbene ogni giudizio definitivo reputi più prudente riservare. Di questa efficacia in verità io non credo si possa dubitare. Certo, attribuire all'iscrizione la funzione di elemento essenziale per l'acquisto del diritto, non par consentito dalla motivazione che Rufo dà alle sue prescrizioni sulla revisione e l'aggiornamento dei διαστώματα (*ἵνα οἱ συναλλάσσοντες μὴ καὶ ἄγνοιαν ἐνεδρεύονται*). Ma pur si deve in essa riconoscere quell'efficacia reale che è insita in ogni ordinamento di pubblicità dei diritti immobiliari, e per la quale la iscrizione costituisce il mezzo destinato a render certo l'acquisto dei diritti reali in confronto dei terzi, mentre la mancata iscrizione rende inefficace il diritto in confronto dei terzi acquirenti di buona fede.

Del resto su ciò, come su molti altri punti della storia di questo istituto, è necessario attendere la pubblicazione di nuovi documenti, dai quali è da augurare che possa derivar nuova luce. Una pronuncia definitiva, ove si abbia un certo campo di dubbio, può essere all'indomani smentita da un solo documento nuovo. Un esempio delle sorprese che i papiri inediti possono prepararci, si ha nella questione

circa la durata che ebbe la vita della βιβλιοθήκη ed il momento in cui essa cadde in disuso. I due documenti che ne attestavano fin qui l'esistenza non oltre gli anni 275 e 289 (BGU. IV, 1073; I, 94), sono ora sorpassati da un nuovo di Lipsia, tuttora inedito, che, secondo una comunicazione del Mitteis all'E. (p. 14, n. 1; p. 207), proverebbe essere i βιβλιοφύλακες in funzione ancora nell'a. 307. Le riserve che più sopra io faceva sulla congettura pur dal Lewald accolta, di un nesso cioè diretto tra la caduta della β. ἐγκτ. supposta prima dell'ultimo decennio del III secolo e la nota riforma diocleziana, sembrano quindi di fronte al novissimo testo più che legittime.

ROBERTO DE RUGGIERO.

Fontes iuris romani antejustiniani in usum scholarum ediderunt

S. RICCOBONO, J. BAVIERA, C. FERRINI iuris antecessores (Leges, auctores, leges saeculares). — Florentiae, apud G. Barbèra, 1909, in-8, pars prima p. xvii-376, pars altera p. xvii-684.

La scienza romanistica italiana s'è decisamente posta sulla via della più completa emancipazione dalla produzione libraria straniera, di cui essa fino a ieri fu schiava, soprattutto per i manuali destinati all'uso accademico. Dopo i trattati d'istituzioni del Bonfante (4^a ediz. Milano 1907), del Brugi (Padova 1897-901), del Pacchioni (Innsbruck 1905 - Torino 1910), del Perozzi (Firenze 1906-8) e quelli di pandette del Ferrini (2^a ed. Milano 1904), o di storia del diritto privato e pubblico del Landucci (Padova 1898), del Costa (Bologna 1901-3, Firenze 1903, 1906, Torino 1909), del Bonfante (2^a ed. Milano 1909). è ora la volta della edizione dei testi: e mentre sotto la guida maestra dei prof. Scialoja, Fadda, Bonfante e Riccobono si viene pubblicando, in veste e in formato che ne renda possibile l'uso diretto e continuo anche ai giovani nella scuola, una nuova preziosa edizione dei digesti (1^a parte libri I-XXVIII, Milano 1908), il Riccobono e il Baviera - cui è mancata a mezzo del lavoro la sapiente collaborazione del Ferrini - hanno impresso la pubblicazione delle fonti antejustinianee, per le quali finora doveva farsi ricorso alla *Collectio* di Krüger, Mommsen e Studemund, alle *Fontes* del Bruns, ai *Textes* del Girard e in genere ad altre consimili collezioni straniere. Egli è dunque con

gioia e con vivo compiacimento, che il nuovo manuale sarà salutato dagli studiosi del diritto romano in Italia, ove il suo culto non mai interrotto o affievolito reclamava da tempo che con la elaborazione storica e dottrinale si accompagnasse l'opera non meno ardua e meritoria della edizione delle fonti.

Quali siano gl' intenti ed i criteri cui il manuale s'ispira è detto nel titolo e dichiarato brevemente nella prefazione dagli editori: fornire per l'uso accademico una raccolta delle fonti principali sia del diritto antichissimo, sia del diritto classico, nella lezione più corretta che le rinnovate revisioni critiche del testo consentono, con commento succinto pei testi di più difficile intelligenza e con apparato critico limitato a quel tanto che possa essere sfruttato dai giovani. Chi intende e sa come, pur ristretto nei limiti d'una edizione per uso accademico, sia penoso e singolarmente arduo un lavoro di tal genere, non solo per la riproduzione corretta del testo, ma altresì per l'opportuna scelta, tra i supplementi e le integrazioni, di quelle che meritano più fede o hanno maggiore verosimiglianza, per la revisione delle opere critiche che vi si riferiscono, per la selezione, tra i luoghi paralleli, di quelli che un apparato critico non amplissimo consente e che per la più agevole interpretazione del passo si richiede, non vorrà risparmiar lodi ai valorosi autori del presente manuale. I quali hanno posto ogni cura per fare opera utile e degna, sforzandosi di raccogliervi tutto il materiale più importante, di riunirvi insieme fonti che i giovani dovevan prima ricercare in manuali diversi, e di renderne il testo corretto e corredato delle notizie bibliografiche e critiche più interessanti.

Il materiale che v'è raccolto è in complesso quello che risulta dalla fusione dei manuali precedenti, quali soprattutto la *Collectio librorum iuris anteiustiniani* e le *Fontes iuris romani antiqui*. Sicchè, a prescindere dai negozi giuridici che nel presente volume non trovano posto (essendo ad essi destinato secondo gl'intendimenti degli autori un volume a parte), il manuale riproduce in certa guisa il tipo dei *Textes* del Girard, contenendo non solo opere e frammenti di giureconsulti, ma testi di leggi, di senatoconsulti, di editti, di costituzioni e così via.

Ma dai *Textes* del Girard si differenzia per più punti, e non solo per la diversa disposizione della materia e pel più ampio apparato

critico (che soprattutto nella prima parte, dovuta al Riccobono, è largo e pregevolissimo), ma altresì per la quantità stessa del materiale, poichè testi che il Girard non accolse sono qui riprodotti, e a quelli delle *Fontes* del Bruns altri e non pochi tra i nuovi scoperti negli ultimi tempi sono aggiunti, forniti in particolar modo dalle recenti scoperte papirologiche ed epigrafiche. Non vi sono invece riportate le istituzioni giustiniane, perchè il manuale è destinato esclusivamente alle fonti antegustiniane. Ma in compenso queste son completate con altri testi, che i manuali comuni non usavano considerare sin qui, e che perciò spesso i giovani solevano ignorare non avendoli a portata di mano in un libro scolastico: intendo dire le leggi romane dei barbari, il libro di diritto siriano-romano, e qualche altro testo più trascurato nelle collezioni del genere.

Il volume è diviso in due parti, dedicate l'una alle *Leges*, e questa è opera del Riccobono, l'altra agli *Auctores* e alle cd. *Leges saeculares*, e questa è dovuta per gli *auctores* al Baviera, per le *leges saeculares* al compianto Ferrini.

La prima parte contiene le cosiddette leggi regie, la legge delle XII tavole, le leggi rogate (l. Silia de ponderibus publicis, l. Papiria de sacramentis, l. Plaetoria de iurisdictione ecc.); le leggi date, che son divise in *municipales et colonicae* (l. Osca tabulae Bantinae, l. Municipii Tarentini, ecc.) e in *leges de civitate connubio et immunitate militum veteranorumque* (diplomata militaria); i senatoconsulti (SC. de Bacchanalibus, SC. de Thisbaeis, ecc.); gli editti e decreti dei magistrati e sacerdoti (Decr. proc. Hispaniae ult., Ed. censorum, ecc.) cui sono aggiunte le ricostruzioni dell'editto perpetuo e dell'editto edilicio; le costituzioni imperiali (Ed. Aug. de aquaeductu Venafrano, Ed. Claudii de civ. Anaunorum ecc.) e in una sezione speciale le costituzioni e gli acta dei procuratori aug. relativi all'amministrazione dei fondi e delle miniere fiscali (Lex colonis fundi villae Magnae data ad ex. l. Mancianae, Petitio colonorum, ecc.).

Ciò che v'ha in più nel confronto dei manuali del Bruns e del Girard sono: tra le leggi municipali e coloniche, la lex Lauriacensis (a. 212-217 p. Chr.) di cui il testo è riportato secondo l'edizione del Bormann, *Jahreshefte des österr. archäol. Inst.* IX, p. 315; nei diplomi militari, il diploma militis praetoriani anteriore all'a. 98 p. Chr. descritto dal Barnabei, *Monum. dei Lincei* I, p. 429 e l'altro consimile

dell'a. 221 p. Chr. riprodotto in *C. I. L. III Suppl.* 1997, n. 84; tra i senatoconsulti, il SC. de philosophis et rhetoribus (a. 593 a. u. c.) conservato da Suetonio *de cl. rhet.* 1, le *Senatus auctoritates* (a. 703 a. u. c.) di cui Cic. *ad fam.* 8, 8, 6; tra gli editti dei magistrati, l'edictum M. Antonii triumviri dell'a. 720, Lachmann, p. 246 e l'edictum Octavianii triumviri de privilegiis veteranorum dell'a. 723 conservato nel pap. BGU. II, 628 verso II; tra le costituzioni imperiali, l'epistula Hadriani ad Stratonicensis Hadrianopolitas dell'a. 127 (cfr. Dittenberger, *Syll. inscr. graec.*² n. 387); il rescriptum Antonini Pii a Sestilio Acuziano dell'a. 139 (cfr. *C.I.L.* III, n. 411); il rescriptum Severi et Caracallae de longae possessionis praescriptione (a. 199) conservato nel pap. Strassb. 22 e in BGU. I, 267; il rescriptum Gordiani de professione liberorum natorum dell'a. 239 tramandato nel pap. Tebt. II, 285; il rescriptum Iustini et Iustiniani de possessionibus Oratorii S. Iohannis Apostoli in Pamphylia dell'a. 527 (cfr. *C.I.L.* III, n. 13640); la petitio colonorum con relativo sermo procuratorum ed epistula de agris rudibus aut desertis occupandis dell'a. 117-138 scoperta nel 1906 in una iscrizione dell'Africa dal Carcopino, *Mélang. d'arch. et d'hist.* XXVI, p. 365; la lex metallis dicta dell'a. 117-138 scoperta in una tavola di bronzo dal Burthe nel 1906 (Cagnat, *Journ. des sav.* 1906, p. 441, 671); il rescriptum imperatorum Philipporum ad Aragenos dell'a. 244-247 (cfr. *C.I.L.* III, n. 14191); e l'epistula Valentiniani Valentis Gratiani de moenibus instaurandis et de redditibus fundorum civitatum Asiae dell'a. 370-371 (scoperta dall'Heberdey, *Anz. der kais. Akad.*, Wien, 1905, n. 10 e *Jahreshefte des österr. Arch. Inst.* VIII, p. 71).

A ciascun testo è premessa una breve ma completa notizia sul suo ritrovamento, sulla prima sua edizione, sulle edizioni ed illustrazioni successive, con descrizione succinta del contenuto e dello scopo cui la legge, il senatoconsulto, ecc. era diretto; là dove il testo dà luogo a dubbi per l'epoca cui appartiene, per l'autore, per la sua portata storica, le argomentazioni dei principali suoi commentatori, le discussioni e le conclusioni finali vengono ricordate, raccolte con molta cura e con grande esattezza, sicchè lo studioso trova in poche linee riassunto un lavoro di critica, ch'è spesso durato per decenni ed è sparso in pubblicazioni numerose, mentre l'accuratissima bibliografia che v'è citata lo pone in grado di ricorrere direttamente

ai commenti più ampii. Segue alla notizia il testo, che è stampato con somma diligenza, tenendo conto costantemente delle divisioni in linee, con lo svolgimento in parentesi tonde delle abbreviazioni e con i supplementi e le integrazioni in parentesi quadre: accompagnano il testo, nelle note, l'apparato critico, le varianti di lettura e talvolta anche il commento esegetico, soprattutto là dove la intelligenza del documento più lo esige. Il metodo severo e rigoroso, con cui l'editore procede in quest'opera d'illustrazione e di critica, fa sì che nelle note siano accolte, con parsimonia, le osservazioni e le proposte degli illustratori precedenti; ne sian bandite le congetture troppo incerte e prive di sicuro fondamento; e dove di commento v'è più bisogno, come ad es. per la legge delle XII tavole, questo sia fatto adducendo non le opinioni e le dottrine degli scrittori, ma altri testi classici che o danno testimonianza della legge stessa, ovvero disvelano il significato delle parole e il senso della disposizione.

Ad ogni gruppo di testi poi precede un preambolo, in cui l'editore dà ragione della natura giuridica e della importanza storica e costituzionale di quella determinata specie di fonte (*leges rogatae*, *leges datae*, *diplomata militaria*, *senatusconsulta*, *edicta et decreta*, *constitutiones*); ed anche qui il discorso è sempre preciso e succinto, la notizia suffragata dai testi, la costruzione dogmatica fondata sugli ultimi e più sicuri risultati della critica storica.

La seconda parte contiene le istituzioni di Gaio con l'Epitome e i *fragmenta augustodunensia*, le regole d'Ulpiano, e i suoi frammenti minori (fr. *vindobonensia*, fr. a *Boethio traditum*, fr. ad ed. e ad Sab., fr. *disput.*), le sentenze di Paolo coi frammenti minori (fr. *instit.*, fr. *bodleiensia*), i frammenti di Papiniano resp. e *quaest.*, le note di Valerio Probo, i frammenti di Pomponio e di Modestino, la *consultatio*, i fr. *Vaticana*, la *collatio mos. et rom. leg.*, i frammenti *dositheano*, *de iudiciis*, *de formula fabiana*, *de iure fisci*, il *tractatus de gradibus* e lo stemma *cognitionum*, gli scolii *Sinaitici*, le *epitomi* dei codici *gregoriano* ed *ermogeniano*, la seconda e la terza appendice della *lex romana Visigothorum*, l'*edictum Theodorici*, la *lex romana Burgundionum*.

Le istituzioni di Gaio vi son riportate secondo la recensione del Krüger e dello Studemund e di sulla quarta edizione curata dal Krüger, l'epitome secondo quella del Böcking nel *Corp. iur. Rom.*

Bonn., i frammenti d'Autun secondo quella del Ferrini e dello Scialoja (*Bull.* XIII, p. 9-31), mentre negli 'addenda et corrigenda' (p. xi-xiv) è tenuto conto delle varianti e dei supplementi proposti dal Krüger nell'ultima sua lettura (*Sav.-Stift.* XXIV, p. 378-405).

Per tutte le altre opere e frammenti di giureconsulti, che sono accolti nella *Collectio libr. iur. anteiust.*, l'edizione seguita è in genere appunto questa; per l'editto di Teodorico è quella del Bluhme nei *Mon. Germ. hist.*, per la lex rom. Burg. quella del Salis *ib.* E come nella prima parte, anche qui ogni testo è preceduto da una breve notizia bibliografica e storica, in cui è fatto cenno del ritrovamento del testo e delle principali sue edizioni, ed è accompagnato nelle note dalle varianti, dai più importanti supplementi, e per alcuni documenti, soprattutto per le istituzioni gaiane, da alcuni passi paralleli. È più limitato invece il commento e la illustrazione d'ogni singolo documento; nè ciò è fatto senza un preciso proposito degli editori, i quali avvertono nella prefazione: 'in parte igitur altera verbis quam paucissimis praefati sumus brevissimeque et lectiones varias et editorum coniecturas et collationes absolvimus'. La natura stessa dei testi d'altronde comportava un diverso trattamento tra quelli accolti nella seconda e quelli ricevuti nella prima: tuttavia nel preambolo sarebbe stato non inopportuno un cenno, per quanto breve, sul contenuto del testo e sugli scopi che l'autore con esso si proponeva. Nè avrebbe nociuto, specialmente per i documenti di più largo uso accademico come le istituzioni di Gaio, le sentenze di Paolo, le regole di Ulpiano, un più ampio apparato di luoghi paralleli, del genere di quello che accompagna il testo gaiano nella edizione del Seckel e del Kübler.

Chiude finalmente la seconda parte il libro di diritto siriano-romano. È stata cura particolare del Ferrini preparare di sulla versione siriana dei νόμοι saeculares e precisamente sopra quella contenuta nel codice londinese, la traduzione latina, che il manuale ha accolto. Quanta competenza egli possedesse per fare ciò, nessuno ignora: già un saggio egli ne aveva dato, pubblicando qualche anno innanzi nella *Savigny-Stiftung* (XXIII, p. 101-143) la versione latina dell'altro testo contenuto nel codice parigino. Poichè in lui non era solo profonda la dottrina giuridica e storica per accingersi a tale opera, ma era vasta e solidissima pur la cultura letteraria e

filologica: il che gli permise di darci così nelle due versioni completa la materia contenuta nei vari manoscritti del libro siriano-romano, rendendola in un linguaggio che assai meglio delle lingue moderne si prestava a riprodurre l'antico testo.

Quanto lavoro siagli costata l'opera - e ciò è arra appunto per gli studiosi che se ne devono servire - confessa lo stesso compianto maestro: « *Librum nostrum pluribus mensibus sum perscrutatus, alia monumenta ad comparationem adhibui et quae vel recondita vel neglecta mihi reperire visus sum alibi, magis opportunam nactus occasionem, exponenda statui* ». L'esattezza nel riprodurre l'originale è così scrupolosa, che quando l'eleganza dell'eloquio latino non consentiva di rendere con tutta perfezione il testo, essa è sacrificata in omaggio alla fedeltà che il traduttore s'era imposta: « *Versionem meam ita instruendam curavi - così conchiude il F. - ut κατὰ πόδας textum syriacum sequeretur et eiusdem fidelem imaginem praeseferret, nihil moratus latini sermonis elegantiam et ubi opus esset, ipsam proprietatem praetermittere* ».

Sotto tutti gli aspetti, adunque, e della compiutezza sua e dell'apparato critico, sobrio e bene scelto, il presente manuale si raccomanda. I testi vi sono stampati accuratamente: ed avendone sperimentate moltissime pagine, solo qualche volta mi è accaduto di trovare qualche errore o di stampa o di svista, che in una successiva edizione potrà essere eliminato. Indico qui quelli che son venuti segnando durante lettura.

Nella prima parte a p. 249, l. 2 *rethoras* invece di *rhetoras*; l. 19 *morum* invece di *morem*; a p. 325, l. 29 *adhibitam* invece di *adhibitam*; a p. 364, l. 23 *regime* invece di *regimine*. Tra le edizioni per solito citate sotto il titolo di ogni documento (Bruns, Girard, Dessau ecc.) sono omessi Girard, p. 118, pel diploma militis peregrini, p. 189; Bruns, p. 230, per l'edictum censorum, p. 249; Girard, p. 162, per l'edictum praefecti Mettii Rufi, p. 257 (v. per quest'ultimo ora, oltre il Lewald, *Beiträge zur Kenntnis des röm. Grundbuchrechts* di cui è tenuto conto negli Addenda, p. xvi, anche Eger, *Zum aegyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit*, Leipzig, 1909).

Nella seconda parte a p. 39, l. 1 (Gai. I, 194) *Atilianus* invece di *Atilianos*; a p. 277, l. 28 (Paul. Sent. II, 9, 1) *fuliendo* invece di

fulciendo; a p. 524, l. 6 *Veronensia* invece di *Veronensi*; a p. 597, l. 1, 599, l. 1 e 3, 600 l. 1 *Burgundiorum* invece di *Burgundionum*; a p. 599, l. 3 « *Lex Romana* Burg Gundobadi regis iussu *composita*, ineunte saec vi, ut videtur, *edita*, primus J. Cuiacius Lugduni a. 1560 publici iuris fecit » invece di *Legem Romanam... compositam* ecc.

È da augurare ora che gli autori vogliano compier l'opera così bene iniziata, apprestando sollecitamente quel volume dei *negotia*, che, come accennano nella prefazione, hanno riservato ad un momento ulteriore, per preparare con tutta diligenza e con la maggior completezza possibile la scelta del materiale. Il quale s'è fatto, coi ritrovamenti papirologici degli ultimi decenni, così ricco, abbondante e soprattutto svariato, da richiedere un lavoro non lieve per la cernita e la illustrazione dei testi. Ma per l'appunto l'abbondanza sua, la straordinaria sua importanza per lo studio del diritto imperiale e provinciale e la sperimentata utilità che offre per la risoluzione di molti problemi storici e dogmatici, reclamano con urgenza una raccolta, che giovi a far penetrare nelle scuole l'uso diretto di queste fonti nuove e valga, più direttamente e più efficacemente che non possano gli accenni che or cominciano a comparire nei manuali di storia e di istituzioni, e le nozioni sommarie che se ne posson da noi dare nelle lezioni, a far conoscere ed apprezzare dai giovani un materiale preziosissimo, da cui tanta luce riceve il diritto greco-romano.

ROBERTO DE RUGGIERO.

INDICE DEL VOLUME XXI

MARCHI ANTONIO — Le disposizioni testamentarie a titolo di pena	Pag. 5
BORTOLUCCI GIOVANNI — Studi critici e giuridici sul Digesto (<i>Continuazione e fine</i>).	110
MANENTI CARLO — Exceptio rei in iudicium deductae ed exceptio rei iudicatae (Studio critico esegetico)	139
PAMPALONI MUZIO — Rapporti giuridici condizionali e legge Falcidia	180
PAMPALONI MUZIO — Studi sopra il delitto di furto (<i>Continua</i>).	205
BIONDO BIONDI — Il fr. 8 D. de eo quod certo loco, XIII, 4 (Spiegazione di una 'lex damnata')	222

Recensioni:

Prof. ENRICO REDENTI — Pluralità di parti nel processo civile (Diritto romano). Estratto dall' <i>Archivio giuridico</i> « F. Serafini » LXXIX, 1907 (rec. V. ARANGIO-RUIZ).	236
HERMANN FITTING — Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander (rec. BIONDO BIONDI)	250
Libri fondiari e ordinamento catastale nell'Egitto greco-romano: H. LEWALD, Beiträge zur Kenntnis des römisch-ägyptischen Grundbuchrechts — O. EGER, Zum ägyptischen Grundbuchwesen in römischer Zeit Untersuchungen auf Grund der griechischen Papyri (rec. R. DE RUGGIERO)	255
Fontes iuris romani antejustiniani in usum scholarum ediderunt S. RICCOBONO, J. BAVIERA, C. FERRINI iuris antecessores (Leges, auctores, leges saeculares) (rec. R. DE RUGGIERO)	308

FORZANI E C. TIPOGRAFI DEL SENATO

76

v

K
9
S75
anno
20-21

Istituto di diritto romano
"Vittorio Scialoja"
Bullettino

PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET

UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY
